

【論 説】

欧州共同体のオープンネットワーク 提供 (ONP) 指令に基づく基本要件

—— 通信の秘密条項及び個人データ保護と
関連する規定の概要 ——

夏 井 高 人

目 次

- 1 はじめに
- 2 通信事業の自由化と ONP 指令
- 3 基本要件 (Essential Requirements)
- 4 通信の秘密 (Confidentiality of Communication) に関する条項
- 5 個人データ保護に関する条項
- 6 その後の発展及び他の指令との関係
 6. 1 指令 97/66/EC (ISDN 指令)
 6. 2 e プライバシー指令 2002/58/EC
 6. 3 e プライバシー規則案 COM(2017) 10 final
 6. 4 欧州電子通信法 (European Electronic Communications Code)
 6. 5 今後の方向性
- 7 まとめ

1 はじめに

1988 年 1 月 9 日、欧州委員会は、「オープンネットワーク提供 (ONP) の実装による電気通信サービスのための域内市場の構築に関する指令の提案 (Proposal for a Council Directive on the establishment of the internal market for telecommunications services through the implementation of open network

provision (ONP))」を提出した。これは、欧州経済共同体 (EEC) における ONP 実装関連法令の最初の提案である。

同提案の提案書 (COM(88) 825 final) の要旨 (Summary) 及び説明覚書 (Explanatory Memorandum) には、同提案が、電気通信のサービス及び設備のための共通市場の発展に関する青書 (Towards a Dynamic European Economy. Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment. COM (87) 290, 30 June 1987) ⁽¹⁾ に基づく実装 (Implementation) の措置であることが明示されている ⁽²⁾。

ここでいう EEC の「共通市場 (the Common Market)」とは、欧州経済共同体、その後の欧州共同体 (EC) 及び現在の欧州連合 (EU) における「単一市場 (Single Market)」と実質的に同じもののことを指す概念である。単一市場 (共通市場) の概念は、産業部門 (Sector) 毎に別のものとして設定されており、例えば、「証券取引市場」または「金融商品取引市場」の概念と同じように、取引内容の相違に応じて類型化された取引概念に基づくものである。

これは、それぞれの種類の取引対象の特性に応じて、その市場における取引対象の流動性に差異があり、また、取引主体である市場参加者の法定の支配度または事実上の独占度にも大きな差異があり、加えて、当該市場に属する取引市場における取引対象が消費者保護を要する商品・サービスに該当するか否かも異なることから、それぞれの異なる類型に属する市場に適用されるべき競争原理にも性質及び程度の相違が生ずることになるからであると考えられる。ただ、欧州共同体 (EC) 及び欧州連合 (EU) の経済的統一性の確立のため、それぞれの市場が、観念上、「共通 (Common)」または「単一 (Single)」のものとして一元化されており、統一的一かつ一貫性のある EC (EU) の法令が適用されるという点において顕著な特徴がある。逆から言えば、この概念は、その市場において、EC (EU) の法令が統一的に適用され、予測可能性という意味での法的安定性の点において確実な法的保障があるということの意味するだけであるので、例えば、「単一市場 (Single Market)」という名称をもつ具体的な取引市場が設立され、事業遂行されているということの意味するものではない。現実の個々具体的な市場は、EC (EU) の構成国 (Member States) ⁽³⁾ に存在しており、類型上関連する共通市場または単一市場に属し、その一部を構成するものとして認識されることになる。

そのことから、単一市場（共通市場）を構成する資格は、「構成国であること」であり、かつ、その参加のための条件は、関連する EU 法（EC 法）を（当該法令が「規則（Regulation）」であるか「指令（Directive）」であるかの相違によって生ずる関連条約上の法律効果の相違に応じて）直接に適用し、または、それを国内法に実装するための国内法化措置を介することにより、完全に遵守することに尽きる⁽⁴⁾。

ONP は、電気通信（telecommunication）に関係するものであることから、EEC 及び EC（EU）内における ONP が実現されるべき製品やサービスの市場は、電気通信のための単一市場（共通市場）に適用される関連法令によって規律されることになる⁽⁵⁾。

そして、ONP を実装するための EEC（EC）の最初の基本法令として、オープンネットワーク提供の実装による電気通信サービスのための域内市場の構築に関する 1990 年 6 月 28 日の理事会指令 90/387/EEC（Council Directive 90/387/EEC of 28 June 1990 on the establishment of the internal market for telecommunications services through the implementation of open network provision）（OJ L 192, 24/07/1990 p.1-9）が採択された⁽⁶⁾。同指令は、欧州における電気通信事業の自由化に関する枠組みを定める最初の基本法令として広く知られている⁽⁷⁾。

かつての欧州における電気通信部門の事業主体は、日本国における電信電話公社がそうであったのと同様、国営または公営の電気通信事業主体による国家独占体制によるというのが基本であった。このような電気通信事業の公的に正当化される国家独占を基本とする産業秩序は、通信の自由化政策の導入⁽⁸⁾に伴い大きく異なるものへと発展・展開することになった⁽⁹⁾。自由競争原理の下で、通信事業が自由化されることにより、当然のことながら、何らの国家的な方策も講じなければ、国家独占状態の下においては自動的に達成可能であったネットワークの相互接続やサービスの相互運用という物理的な側面における一貫性が自動的に確保できなくなるだけではなく⁽¹⁰⁾、規範的な側面における一貫性も確保できなくなるからである。

通信の秘密に関する法的規律もまたそうである。国家独占体制の下においては、関連国家法に基づく機密情報管理及び国家公務員（及び準国家公務員）の厳格な守秘義務の範疇に含まれる問題として一元的に取り扱うことが可能であった⁽¹¹⁾。

これを日本国の法令に則して言うと、日本国憲法に定める通信の秘密条項は、国家機関である電信電話公社に直接に適用され、それだけでも国民の人権保障のための法制度として十分に機能させることが可能な状態にあったのである⁽¹²⁾。それと同時に、そのような人権保障と併せ、通信役務それ自体の品質確保のためにも必須の基本的な要素である通信ケーブル、電波塔、通信施設及び通信設備の物理的な管理・運営並びに業務遂行上の手順、とりわけ、関連施設・職員の一般的な管理・運営、利用料金の徴収・管理、税務及び通信手順に関する管理・運用も自動的に一元のかつ一貫性のあるものとして実施可能であり、現にそのように管理・運用されていたのである。これらのことは、通信傍受や防諜と関連する問題に関しても同じである⁽¹³⁾。

しかし、通信の自由化は、このような一元的な法体制を根本的に破壊するものともなった。すなわち、民間企業である通信事業者に対しては、各国の憲法や関連条約等に定める人権保障条項が直接には適用されないので、それらの通信事業者に対して一元のかつ一貫性のあるものとして適用される何らかの立法が必要になる。それと同時に、自由競争原理を基礎とする民間事業者による通信サービスの提供を国家政策の基本の1つとする以上、旧来の国営企業や公営企業の独占的地位または市場支配という事実に基づく競争阻害要素の徹底した排除を確保し⁽¹⁴⁾、通信サービスそれ自体及びそれを支える施設・設備・手順等の安定性と品質を確保し、電話番号やIPアドレス等のような通信業務と関連する識別子（identifier）の統一的管理と公平かつ合理的な配分を確保し、そして、商業上の競争原理を単純に適用すると切り捨てられてしまう危険性の高い人々、すなわち、社会的に脆弱な人々に対する実質的に公平なサービス提供（ユニバーサルサービス）を確保するため、必要な法令と行政措置を定め、または、関連法令を改廃する必要が生じたのである。これらの全部が、ECにおいては、ONPの重要かつ基本的な目標を構成することとなった。

加えて、通信の自由化は、国家機関ではない民間事業者が私人のプライバシーと関連する通信を取り扱う社会を到来させた。そのような民間事業者は、国家機関ではない以上、国家公務員の守秘義務によって通信当事者のプライバシーを守ることはいできない。公務員に課せられる守秘義務とは別に、何らかの統一的なプライバシー保護法制が必要となる⁽¹⁵⁾。

そして、これらの目標を達成する際に共通の技術的要素及び規範的要素は、ONPを実現するための個別の諸立法に共通の基本原則となるものであるため、理事会指令 90/387/EEC から始まる EEC（EC）の電気通信部門における ONP と関連する基本的な法令の中で「基本要件（Essential Requirements）」として明示で定められ、または、そのようなものとして引用もしくは準用されている。

基本要件は、特に、一般的な利益（General Interest）または公共の利益（Public Interest）に基づいて支配的な地位にある事業主体の事業上の権利及びその行使を制限する場合、あるいは、通信事業者間の相互接続性または相互運用性（interoperability）を約定する合意（契約）を公的な見地から修正する場合、または、一般認可（General Authorisation）のために事前に定められる諸条件の内容を確定する場合に機能するものであることが想定されている。更には、戦争、テロ攻撃、サイバー攻撃または大規模災害等による緊急事態の発生の場合において講じられる諸々の緊急措置に関し、正当防衛行為または緊急避難行為等の正当化根拠として機能することが想定されている。

そのようなものとしての基本要件の 1 つとして含まれているデータ保護（通信の秘密及び個人データ保護）は、後述のとおり、その後の特別法令（指令 97/66/EC）の中でより明確かつ強力な措置を伴うものとして定められるという方向で発展することになるのであるが、その最初の段階の法規範としての姿が ONP と関連する諸法令の中に「基本要件」として定められていたことについては、従来、必ずしも明確に意識されてきたわけではない。

基本要件の柱の 1 つである個人データ保護に関し、従来は、主として、個人データ保護指令 95/46/EC（Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data）（OJ L 281, 23.11.1995, p.31-50）⁽¹⁶⁾を中心に研究が行われてきたことは、ある意味でやむを得ないことではあったかもしれない⁽¹⁷⁾。しかし、例えば、基本要件の別の柱の 1 つである通信の秘密に関しては、EU（EEC 及び EC）には「通信の秘密に関する法令（制定法）が存在しない」といったような誤解が今なお存在していることは事実であり、そのような誤解は、可及的速やかに解消されなければならない⁽¹⁸⁾。

以上のような EEC 及び EC の通信の自由化に伴う一定の規範的要素を民間の事業者に適用される法令においても適用するための重要な価値判断基準として基本要件を含めている EEC 及び EC の電気通信部門における ONP 関連の法令は、一般に、ONP 指令 (ONP Directives) と総称されている。ONP 指令は、2002 年における電気通信関連法令の大改正までの期間、EC における電気通信分野の自由化、並びに、電気通信システム・ネットワークの相互接続性及び電気通信サービスの相互運用性を促進し、確保するという目標を実現するために、極めて重要な法令として機能した⁽¹⁹⁾。

本稿は、上記のような問題意識を踏まえ、EC (EEC) の ONP 指令中の基本要件 (特に、通信の秘密及び個人データ保護) の概要を示した上で、その後における法制度上の発展の主要部分をなぞることにより、ONP 指令の基本要件が果たした欧州の立法史上の意義を若干なりとも明らかにすることを目的とする⁽²⁰⁾。

2 通信事業の自由化と ONP 指令

理事会指令 90/387/EEC は、その前文中において、電気通信の自由化の法的根拠として、「欧州経済共同体設立条約第 8 条 a が「その中においてはサービスの支障のない移動が確保され、内部国境のない領域で構成される域内市場を定めている」こと⁽²¹⁾、欧州委員会が「1987 年 6 月 30 日の日付のある電気通信サービス及び電気通信機器のための共通市場の発展に関する青書、及び、1988 年 2 月 9 日の日付のある同青書の実装に関する通知を送付した」こと、理事会が「1988 年 6 月 30 日、1992 年までの電気通信サービス及び電気通信機器のための共通市場の発展に関する決議を採択した」ことを掲げている。また、その実質的な根拠として、「電気通信サービスの欧州経済共同体全域の市場の全面的な構築は、オープンネットワーク提供に関する整合化された基本原則及び条件の迅速な導入によって促進される」こと、「構成国内には異なる状況と技術上及び行政運営上の制約が存在していることから、この目標は、段階的に実現されなければならない」こと、及び、「オープンネットワーク提供の条件は、一定の基本原則と一貫性のあるものでなければならない」、「ネットワーク及びサービスへのアクセスを制限してはならな

い」が、「『基本要件』として示される一般的な公共の利益を理由とする場合」は例外であることを掲げている。

この前文の中で示されている青書とは、前掲の青書（Green Paper : COM (87) 290, 30 June 1987）のことを意味する。また、1988年6月30日の理事会決議とは、「Council Resolution of 30 June 1988 on the development of the common market for telecommunications services and equipment up to 1992」（OJ C 257, 4.10.1988, p.1-3）のことを意味する。同理事会決議の中では、欧州が目指すべき電気通信部門の政策目標の1つとして「理事会指令により、専用回線の使用のための条件を手始めとして、オープンネットワーク提供に関する技術的条件、利用条件、手数料の基本原則を迅速に定めることは、極めて大きな重要性をもつものであり、制約のない電気通信サービスのためのオープンな共通市場の創設と密接に連携するものである」と述べられている。

理事会指令 90/387/EEC の第2条第10号第1副項は、「オープンネットワーク提供の条件」の定義として、「この指令の条項によって整合化され、公共電気通信ネットワークへの、及び、該当するときは、公共電気通信サービスへのオープンかつ効率的なアクセス、並びに、これらのネットワーク及びサービスの効率的な利用と関連する条件のことを意味する」として定め、同号第2副項は、「ネットワーク終端の定義及び実装を含め、技術的インタフェイス」、「電波へのアクセスを含め、利用条件」及び「料金の基本原則」を定めることができるものとしている。

そして、理事会指令 90/387/EEC の前文は、「そのような基本原則及び基本要件の定義及び適用は、構成国内及び構成国間におけるサービス提供の権利の制限が、客観的に正当化されるものでなければならず、比例性の原則に従わなければならず、かつ、その求める狙いとの関係において過剰であってはならないということを全て考慮に入れるものでなければならず」とした上で、同指令の第2条第6号において、「基本要件」の定義として、「構成国に対し、公共電気通信ネットワークまたは公共電気通信サービスへのアクセスを制限させる、一般的な利益における非経済的な理由のことを意味する。これらの理由とは、ネットワーク運営の安全性、ネットワークの完全性の維持、及び、それが正当化されるときは、サービスの相互運用性及びデータの保護である」と定めている。

オープンネットワーク提供（ONP）及び基本要件は、このようなものとして定

められ、以後、2002年の通信法の大改正に至るまでの期間、関連法令の中で発展を遂げることになる。

このオープンネットワーク提供が当初想定していた電気通信技術は、主として、アナログ式の音声電話であったと考えられる。しかし、電子技術の発展速度は著しく、複数の通信を同一の回線の中で実現するための様々な技術的手段が実現されるようになった。その結果、その改正を含め、ONP指令は、後の時代のものになるほど、アナログ式の通信からデジタル式の通信を重視し、統合サービスデジタルネットワーク（ISDN）、パケット通信（TCP/IP）及びデジタル音声通信（VoIP）を考慮に入れたものへと変化し、物理的な通信形態としても、固定電話主体のものから移動体電話（モバイル）の重視の方向へと変化した。

それゆえ、ひとくちにONP指令とは言っても、それが採択された時点及びその後の改正の時点の相違により、内容的な進化の度合いが異なるものが含まれていることに留意しなければならない⁽²²⁾。

「オープンネットワーク提供（ONP）」という概念それ自体としても、現在「インターネット（Internet）」として認識・理解されているパケット通信によるデジタル通信方式（TCP/IP）が一般化するまでの間の時期における過渡的な用語であったと評価することは可能である。しかし、理事会指令90/387/EECが採択された1990年当時においては、将来の電気通信を支配することになる技術基盤を体系的に理解し、正確な予測をたてるにはまだ早すぎたと言うことも可能である⁽²³⁾。それゆえ、欧州の指導者らは、「オープンネットワーク提供（ONP）」という表現を採用し、時代の推移を見守ることにしたのではないかと推察される⁽²⁴⁾。

3 基本要件（Essential Requirements）

理事会指令90/387/EECの第3条第1項は、「オープンネットワーク提供の条件は、以下に定める多数の基本原則を遵守しなければならない」と定め、以下の事項を列挙している。

- 客観的な基準に基づくものでなければならない、
- 透明性のあるものであり、かつ、必ず公表されなければならない、

- 欧州経済共同体法に従い、アクセスの品質を保証するものでなければならない。
ならず、かつ、非差別的なものでなければならない。

理事会指令 90/387/EEC は、第 3 条第 2 項第 1 副項柱書において、「オープンネットワーク提供の条件は、欧州経済共同体法の枠組み内において、以下の基本要件にしかるべく基づく理由による場合を除き、公共電気通信ネットワークまたは公共電気通信サービスへのアクセスを制限してはならない」と定め、その実質的な内容として、以下の項目を掲げている。また、同条第 2 副項は、「加えて、端末装置の接続に一般的に適用される条件が適用される」と定めている。

- ネットワーク運営の安全性
- ネットワークの完全性の維持
- それが正当である場合、サービスの相互運用性データの保護
- しかるべく、データ保護

以上が、基本要件の項目である。

これら理事会指令 90/387/EEC 第 3 条第 2 項第 1 副項に定める 4 つの項目名のみではその具体的な意味内容を理解することが困難である⁽²⁵⁾。その具体的な内容は、理事会指令 90/387/EEC が採択された後に採択された一連の ONP 指令の中にある基本要件条項によって次第に詳細に定められることになる。

そのような基本要件の内容を詳細に定める ONP 指令としては、以下の諸指令及び後述の指令 97/66/EC が含まれる。

専用回線へのオープンネットワーク提供（ONP）の適用に関する 1992 年 6 月 5 日の理事会指令 92/44/EEC（Council Directive 92/44/EEC of 5 June 1992 on the application of open network provision to leased lines）（OJ L 165, 19.6.1992, p.27-36）

音声電話へのオープンネットワーク提供（ONP）の適用に関する欧州議会及び理事会の 1995 年 12 月 13 日の指令 95/62/EC（Directive 95/62/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1995 on the application of open network provision (ONP) to voice telephony）（OJ L 321, 30.12.1995, p.6-24）⁽²⁶⁾

電気通信サービス部門における一般認可及び個別許可の共通の枠組みを定める欧州議会及び理事会の 1997 年 4 月 10 日の指令 97/13/EC (Directive 97/13/EC of the European Parliament and of the Council of 10 April 1997 on a common framework for general authorizations and individual licences in the field of telecommunications services) (OJ L 117, 7.5.1997, p.15-27) ⁽²⁷⁾

オープンネットワーク提供 (ONP) の基本原則を介してユニバーサルサービス及び相互運用性を確保することと関連する電気通信の相互接続性に関する欧州議会及び理事会の 1997 年 6 月 30 日の指令 97/33/EC (Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 on interconnection in Telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through application of the principles of Open Network Provision (ONP)) (OJ L 199, 26.7.1997, p.32-52) ⁽²⁸⁾

指令 95/62/EC の改正指令である音声電話へのオープンネットワーク提供 (ONP) の適用及び競争環境における電気通信のためのユニバーサルサービスに関する欧州議会及び理事会の 1998 年 2 月 26 日の指令 98/10/EC (Directive 98/10/EC of the European Parliament and of the Council of 26 February 1998 on the application of open network provision (ONP) to voice telephony and on universal service for telecommunications in a competitive environment) (OJ L 101, 1.4.1998, p.24-47) ⁽²⁹⁾

無線機器及び電気通信端末機器並びにそれらの適合性相互承認に関する欧州議会及び理事会の 1999 年 3 月 9 日の指令 1999/5/EC (Directive 1999/5/EC of the European Parliament and of the Council of 9 March 1999 on radio equipment and telecommunications terminal equipment and the mutual recognition of their conformity) (OJ L 91, 7.4.1999 p.10-28)

電気通信サービスのための市場の競争に関する 1990 年 6 月 28 日の委員会指令 90/388/EEC（Commision Directive 90/388/EEC of 28 June 1990 on competition in the markets for telecommunications services）（OJ L 192, 24.7.1990, p.10-16）

専用回線に適用される理事会指令 92/44/EEC の前文 (7) は、「欧州共同体法に従い、専用回線へのアクセス及びその利用は、この指令に定める基本要件の適用においてのみ、かつ、独占権または特別の権利を保護するためにのみ、制限され得る」、「これらの制限は、客観的に正当化され得るものでなければならず、比例性の原則に従うものでなければならず、かつ、求める目的との関係において過剰なものであってはならない」、「専用回線に関するこれらの基本要件の適用を個別に指定する必要がある」と述べている。

指令 95/62/EC の前文 (39) は、「指令 90/388/EEC に従い、許可または宣言手続に服する電気通信サービスの供給を行う構成国は、許可を与える条件が、客観的であり、非差別的であり、かつ、透明性のあるものであること、拒否の理由が与えられること、及び、そのような拒否を不服として不服申立てをするための手続が存在することを確保しなければならない」、「公共固定電話ネットワークを利用するための条件は、欧州共同体法及び指令 90/387/EEC と適合するものでなければならない」、「専用回線に対するオープンネットワーク提供の適用に関する 1992 年 6 月 5 日の理事会指令 92/44/EEC に従い、基本要件の遵守を確保することを狙いとする制限は、欧州共同体法と適合するものでなければならず、かつ、法的措置を通じて国内規制当局によって課されるものでなければならない」と述べ、同指令の前文 (40) は、「指令 90/387/EEC に従い、公共電気通信ネットワークまたは公共電気通信サービスへのアクセス及びその利用の制限が正当化される基礎となる基本要件は、正当化される場合において、ネットワーク運営の安全性、ネットワークの完全性の維持、サービスの相互運用性、並びに、データの保護にしかるべく限定される」、「加えて、端末機器の接続に一般的に適用可能な条件が適用される」、「国内規制当局は、アクセスまたは利用の条件の重大な違反行為の場合において、電気通信組織が即時に行うことのできる手続を承認できる」と述べている。

指令 97/13/EC の前文 (9) は、「構成国は、基本要件の遵守を確保するため、認可

に条件を付すことができる」と述べて、同指令の第 2 条第 1 項 (d) は、「基本要件」の定義に関し、「電気通信ネットワークの構築及びまたは運用または電気通信サービスの提供に対して構成国が条件を課すことを生じさせ得る公共の利益における非経済的な理由のことを意味する。これらの理由は、ネットワーク運用上の安全性、ネットワークの完全性の維持、並びに、それが正当化されるときは、サービスの相互運用性、データ保護、環境計画の目的の保護、都市及び地方計画の目的の保護、並びに、周波数帯の効果的な利用、及び、無線ベースの電気通信システムと他の衛星ベースの技術システムまたは地球上の技術システムとの間の有害な干渉の回避とする。データ保護は、個人データの保護、送信されまたは記録保存される情報の秘密、並びに、プライバシーの保護を含む」と定めている。

指令 97/33/EC の前文 (13) は、「指令 90/387/EEC に従い、公共電気通信ネットワークまたは公共電気通信サービスへのアクセスまたはその利用に関する制限を正当化する基本要件は、ネットワークの運営上の安全性、ネットワークの完全性の維持、それが正当化される場合におけるサービスの相互運用性、並びに、データのしかるべき保護に限定される」、「これらの制限の理由は、公表されなければならない」、「この指令の条項は、構成国が、条約の第 36 条及び第 56 条に定める根拠に基づき、並びに、とりわけ、公共の安全、公共政策及び公衆の道徳を根拠として正当化される措置を講ずることを妨げない」と述べている。

一般に、ONP 指令における基本要件は、緊急時における制限等の正当性根拠 (justified ground) としても用いられることが明確なものとされている。特にネットワーク及びシステムの物理的側面に関してはそのことが明瞭であるが⁽³⁰⁾、行動規範的な側面においても基本的には同じであると解される⁽³¹⁾。

4 通信の秘密 (Confidentiality of Communication) に関する条項

一般に、通信の秘密を守るべき義務の法主体は、他人間の通信を取り扱う者（特に通信事業者）である。

指令 95/62/EC の第 22 条第 5 項 (d) は、「構成国は、個人データの保護、送受信

または記録保存される情報の秘密、及び、プライバシーの保護を含め、欧州共同体法と適合する態様によるデータの保護に関する関連法上の条項の遵守を確保するために必要な範囲内にある場合に限り、データの保護を根拠として公共固定電話ネットワークへのアクセス及びその利用を制限し得る」と定めている。ここにいう「欧州共同体法」とは、個人データ保護指令 95/46/EC のことを指すと解される。そして、同指令の第 17 条（処理の安全性）の第 1 項は、「構成国は、とりわけ、その処理がネットワーク内でのデータの移転を含む場合、管理者が、事故による破壊もしくは違法な破壊、または、事故による喪失、改変、無権限の開示もしくは無権限のアクセスから、並びに、これら以外の全ての違法な形態の処理から個人データを保護するための適切な技術上及び組織上の措置を実装しなければならないことを定める」と定めている。

この中で示されている「無権限の開示」及び「無権限のアクセス」に対する防護とは、情報セキュリティの分野における機密性（confidentiality）と同じまたは均等のものであるから、結局、個人データ保護指令 95/46/EC の第 17 条第 1 項は、通信中のデータの秘密保護の義務を定めていることになる。そして、同指令の第 17 条も指令 95/62/EC の第 22 条第 5 項 (d) の「欧州共同体法」の中に含まれると解されることから、結果的に、指令 95/62/EC の第 22 条第 5 項 (d) は、「データ保護」の一態様として、「通信の秘密」も定めていることになると解される。

上述のとおり、指令 97/13/EC の第 2 条第 1 項 (d) は、「データ保護」の内容として「個人データの保護、送信されまたは記録保存される情報の秘密、並びに、プライバシーの保護を含む」と定義している。これは、やや抽象的ではあるが、通信の秘密の保護を定める趣旨と解するのが自然である。

指令 97/13/EC の第 10 条第 2 副項 (d) は、「個人データの保護、処理され、送受信されまたは記録保存される情報の秘密、及び、プライバシーの保護を含め、欧州共同体法と適合するデータの保護に関する関連法令上の条項の遵守を確保するために必要な範囲内で、データの保護を確保するための条件を相互接続合意の中に加えることができる」と定めているが、これも指令 97/13/EC の場合と同様に考えることができる。すなわち、指令 97/13/EC の第 10 条第 2 副項 (d) も通信の秘密を定める趣旨の条項であると解することができる。

指令 97/33/EC の第 10 条第 1 副項は、「指令 90/387/EEC の第 3 条第 5 項及び第

5 条第 3 項に従って執られ得る活動を妨げることなく、この指令の目的のために、指令 90/387/EEC の第 3 条第 2 項に定める基本要件は、本条の (a) ないし (d) に定めるように、公共電気通信ネットワーク及びまたは公衆が利用可能な電気通信サービスに適用される」と定め、同条第 2 副項 (d) は、「データ保護」に関し、「構成国は、個人データの保護、処理され、送受信されまたは記録保存される情報の秘密、及び、プライバシーの保護を含め、欧州共同体法と適合するデータの保護に関する関連法令上の条項の遵守を確保するために必要な範囲内で、データの保護を確保するための条件を相互接続合意の中に加えることができる」と定めている。

指令 97/33/EC の第 10 条第 2 副項 (d) 及び指令 97/13/EC の第 10 条第 2 副項 (d) に示されている「欧州共同体法」が個人データ保護指令 95/46/EC を指すものと解すべきことは、指令 95/62/EC の第 22 条第 5 項 (d) と同じであるが、これに加え、「欧州共同体法」には後述の指令 97/66/EC も含まれると解すべきである。

以上からすれば、理事会指令 90/387/EEC は、第 3 条第 2 項は、単に「データ保護」という項目を定めるのみであるが⁽³²⁾、1995 年以降の ONP 指令の関連条項によって、ONP の全般にわたり、その「データ保護」とは、通信の秘密を含む趣旨のものであると解するのが妥当であり、または、少なくとも、理事会指令 90/387/EEC の採択時点においては必ずしも明確ではなかった「データ保護」の概念が、5 年ほどの時間をかけて成熟し、遅くとも 1995 年当時においては、通信の秘密を含む趣旨のものとして理解されるようになったと解するのが妥当であるという結論になる⁽³³⁾。

5 個人データ保護に関する条項

指令 95/62/EC の第 22 条第 5 項 (d)、指令 97/13/EC の第 10 条第 2 副項 (d) 及び指令 97/33/EC の第 10 条第 2 副項 (d) が「データ保護」の基本要件の実質的な内容として「個人データ保護」及び「プライバシー保護」を含めるものとして定められていることは上述のとおりである。

一般に、通信と関係する個人データを適正に管理すべき義務及び適正に処理すべき義務の法主体⁽³⁴⁾は、通常は、他人間の通信を取り扱う自然人または法人（特に

通信事業者）すなわち管理者（controller）である⁽³⁵⁾。

それゆえ、試みに、日本国の電気通信法令において一般的に用いられている基本概念を応用して個人データの侵害行為の態様をモデル化するとすれば、管理者である通信事業主体は、濫用的または背信的な故意による行為として、積極的に知得する場合、意図的に窃用する場合及び意図的に漏洩する場合があるのと同時に、関連法令の条項及び関連運用指針（Guidelines）を遵守すべき法的義務があることを前提として、その義務の違反または懈怠という意味での過失による行為として、知得する地位にない者が結果的に知得してしまう場合、結果的に目的外利用してしまう場合及び結果的に外部流出させてしまう場合等が含まれることになる。故意による場合と過失による場合とを含め、これらの行為は、関連電気通信法令に定める通信の秘密を守る義務の違反行為を構成し得る⁽³⁶⁾。これらのモデル化された行為態様は、日本国の法令における行為定型ではあるが、EEC（EC）のONP指令中の基本要件の中で素朴に「データ保護」の一種として個人データが保護されるべきものとされていた当時において想定された行為の定型等を推察し、理解する上でも有用であると考えられる。

EC（EEC）のONP指令中の基本要件に定める「データ保護」の一部としての個人データの保護は、一般的には、上記のような場合の全てを包摂するものと解されるが、その具体的な保護のための手順（procedure）は、1995年以降の時点においては、個人データ保護指令95/46/ECを実装する構成国の国内法令または関連国際条約を実装する国内法令によることとなると解される。

個人データ保護指令95/46/ECが採択される時点よりも前の時点におけるEEC（EC）の各構成国において実装・運用されていた個人データ保護の手順（procedure）に関する調査研究が完全に実施されてきたわけではない⁽³⁷⁾。しかし、例えば、欧州評議会（Council of Europe）の個人データ保護条約（Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, ETS No.108, Strasbourg, 28/01/1981）及びその説明書（Explanatory Report）並びに同条約の起草と関連する諸文書を精読・理解することにより、少なくとも、当時において標準的なものとして推奨されていたデータ保護手順を理解することは可能である⁽³⁸⁾。この説明書の第4項には、「1968年、欧州評議会の議員会議は、閣僚委員会に対し、勧告第509号を発した。これは、欧州人権条約及び構成国の自国の

法律が、個人のプライバシーの権利について、現代の科学及び技術に対応した十分な保護を提供するものであるか否かを問うものであった」、「この勧告に応じて、閣僚委員会の指示に基づき行われた調査結果は、『現在の評議会構成国の立法は、自動的なデータバンクと関連する個人のプライバシーその他の権利及び利益について不十分な保護しか与えてない』ということを示していた」、「この検討結果に基づき、閣僚委員会は、1973 年及び 1974 年、データ保護に関する 2 つの決議を採択した。第 1 の決議・第 22 号 (1973) は、民間部門のためのデータ保護の原則を確立するものであり、そして、第 2 の決議・第 29 号 (1974) は、公的部門のためのデータ保護の原則を確立するものであった」とあり、第 12 項には、「1972 年、専門家委員会がデータ保護に関する決議を準備していた際 (第 5 項参照)、その決議に基づく各国の立法の後の次の段階は、拘束力のある国際合意によるそれらの自国の法令の強化とすべきであることが強調された。第 7 回欧州法務大臣会議 (バーゼル、1972 年) によって、その決議第 3 号の中でも同様の示唆があった」と述べている。

この説明書の第 4 項にある勧告第 509 号とは、「Recommendation 509 (1968): Human rights and modern scientific and technological developments」のことを指す。第 5 項にある第 1 の決議とは、「Resolution (73) 22 on the Protection of the Privacy of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks in the Private Sector」のことを指す。第 2 の決議とは、「Resolution (74) 29 on the Protection of the Privacy of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks in the Public Sector」のことを指す⁽³⁹⁾。

6 その後の発展及び他の指令との関係

アナログ式の音声通話が中心的な通信技術であった時代において、特に機械式の自動交換装置が導入される前の人間の交換手のみが通信 (起呼及び接続) の現実の管理を担当していた時代においては、通信の秘密を実装するための具体的な手段は、担当する職員等の守秘義務を主体とするものである。このことは、事柄の本質上、必然的な結果であったと言える。

しかし、通信技術の発展と共に、人間が個別に関与するのではなく、通信の自動

的な送信、自動的な接続、自動的な転送が可能になり、更に、デジタル通信技術の発展と普及に加え、通信のための物理的なインフラ面における整備が急激に進んだことにより、単位時間あたりの通信量が大幅に増加し、複合的または多角的な通信が可能となった。その結果、1対1の郵便や電話のやりとりの時代とは異なる大量のデータ処理という状況に対応した通信の秘密の確保及び個人データ保護の確保が必要となるに至った。

そのことから、ECにおいては、上述のとおり、ONP指令中の基本要件に含まれていた通信の秘密及び個人データ保護の側面における法的保護に特化した新たな法令が採択されることとなった。その最初の特別法は、電気通信部門における個人データの処理及びプライバシーの保護に関する欧州議会及び理事会の1997年12月15日の指令97/66/EC（Directive 97/66/EC of the European parliament and of the council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector）（OJ L 24, 30.1.1998, p.1-8）である⁽⁴⁰⁾。この指令は、ONP指令の中で通信の秘密及び個人データ保護に特化した特別法として理解されており、また、一般に、「ISDN指令」とも呼ばれている。他方において、個人データ保護指令95/46/ECは、個人データ保護に関して一般的に適用される条項を定めている。その結果、ONP指令中の関連条項の体裁もこれらの個人データ保護法令を引用する形式を採るようになった。

すなわち、指令97/66/ECの発効後に発効した指令である指令98/10/ECの第13条第2項第1副項は、「構成国は、公共固定電気通信ネットワーク及びまたは公共固定電話サービスへのアクセスまたはその利用が、基本要件に基づいて制限される場合、後述の(a)ないし(e)に定める基本要件を示す関連国内条項をその制限の根拠とすることを確保する」と定めた上で、同条第2項第2副項(d)は、「データ保護」に関し、「データの保護を根拠とする公共固定電話ネットワーク及びまたは公共固定電話サービスへのアクセス及びその利用の条件は、指令95/46/EC及び指令97/66/ECのような、個人データ及びプライバシーの保護に関する関連立法に従う場合に限り、課され得る」と定めている。以後、従前においてはONP指令中の基本要件に含まれていた「通信の秘密」及び「個人データ」の保護と関連する根拠条項は、他のONP指令との関係においても当然解釈として、個人データ保護法令に基づくものとされることになったと解すべきである。

その後、この指令 97/66/EC は、2002 年の EC の通信法大改正の際に e プライバシー指令 2002/58/EC に置き換えられて現在に至っている。そして、2018 年 9 月 25 日現在、その改正作業を含む EU の通信法制の全部一括改正である「欧州電子通信法 (European Electronic Communications Code)」の提案⁽⁴¹⁾に関する審議が進められている。

6. 1 指令 97/66/EC (ISDN 指令)

指令 97/66/EC は、ONP 指令の一部を構成する EC の法令である。その目的は、通信の秘密及び個人データ保護に特化した特別法 (*lex specialis*) を制定し、適用することであり、そのことは、後述の e プライバシー指令 2002/58/EC にも引き継がれている。

指令 97/66/EC が制定された趣旨に関し、同指令の前文 (1) は、「個人データの処理と関連する個人の保護及び個人データの支障のない移動に関する欧州議会及び理事会の 1995 年 10 月 24 日の指令 95/46/EC は、構成国に対し、欧州共同体内における個人データの支障のない移動を確保するために、個人データの処理と関連する自然人の権利及び自由、とりわけ、自然人のプライバシーの権利を確保することを求めている」と、前文 (2) は、「通信の秘密は、人権と関連する国際的な法律文書 (とりわけ、人権及び基本的な自由の保護に関する欧州条約) 及び構成国の憲法によって保障されている」と、前文 (3) は、「現在、欧州共同体においては、高度なデジタル技術が公共電気通信ネットワークの中に導入されており、それは、利用者の個人データ及びプライバシーの保護に関する特別の要請を生じさせている」と、前文 (5) は、「理事会は、1992 年までの電気通信サービス及び通信機器の共通市場の発展に関する 1988 年 6 月 30 日の理事会決議の中で、欧州共同体における電気通信の将来の発展のための適切な環境をつくり出すため、個人データ保護のための手立てを講ずることを求めた」、「理事会は、1992 年までの欧州共同体内への統合サービスデジタルネットワーク (ISDN) 導入のための調整の強化に関する 1989 年 7 月 18 日の理事会決議において、個人データ及びプライバシーの保護の重要性を再び強調した」と、前文 (6) は、「欧州議会は、とりわけ、統合サービスデジタルネットワーク (ISDN) と関連して、電気通信ネットワークにおける個人データ及びプライバシーの保護の重要性を強調した」と、そして、前文 (11) は、「電気通信

部門において、とりわけ、管理者の義務及び個人の権利を含め、基本的な権利及び自由の保護と関係する事柄であって、この指令の条項によっては特に定められていない全ての事柄について、指令 95/46/EC が適用される」、「指令 95/46/EC は、公衆が利用可能ではない電気通信サービスに適用される」と述べている。

通信の秘密を明確に定める必要性に関し、指令 97/66/EC の前文(16)は、当時の構成国の中において、通信の秘密保護のための国内法として無権限アクセスを禁止する法令のみをもつ構成国が存在しているという現状を踏まえ、指令 97/66/EC が、より一般的に、「公共電気通信ネットワーク及び公衆が利用可能な電気通信サービスによる通信の秘密を保護する」ものである旨を述べている。

指令 97/66/EC の第 5 条第 1 項は、「構成国は、国内法令を介して、公共電気通信ネットワーク及び公衆が利用可能な電気通信サービスによる通信の秘密を確保する。とりわけ、構成国は、第 14 条第 1 項に従い、適法に承認された場合を除き、関係する利用者の同意なしに、当該利用者以外の者によって、通信の聴取、タッピング、記録保存、または、それら以外の介入または監視が行われることを禁止する」と定め、同条第 2 項は、「第 1 項は、商取引上の証拠またはそれ以外の企業活動上の通信の証拠を提供する目的のために適法な企業実務の過程において適法に認められる通信の記録行為には影響を及ぼさない」と定めている。

第 1 項に適用除外として定める第 14 条第 1 項は、「構成国は、指令 95/46/EC の第 13 条第 1 項に示すとおり、その制限が、国家安全保障、国防、公共の安全、犯罪行為または電気通信システムの無権限利用の防止、捜査、検知及び訴追を防護するための必要な措置を構成する場合、第 5 条、第 6 条及び第 8 条第 1 項、第 2 項、第 3 項及び第 4 項に定める義務及び権利の適用範囲を制限するための立法措置を採択できる」と定めており、これは、公共の利益に基づく権利の制限の場合に該当する⁽⁴²⁾。

このような指令 97/66/EC の第 5 条第 1 項に基づく公共の利益に基づく制限及び指令 97/66/EC の第 5 条第 2 項による適用除外はあるが、同条第 1 項は、同指令を実装する構成国の国内法令に基づき⁽⁴³⁾、「公共電気通信ネットワーク及び公衆が利用可能な電気通信サービスによる通信の秘密」が保護されることを明確に定めるものである。

保護の対象となるのは、一般公衆が利用するオープンな電気通信ネットワーク及

び電気通信サービスに限定され、それ以外の通信ネットワーク及び通信サービスに関しては、一般法である個人データ保護指令 95/46/EC の関連条項が適用される。

また、指令 97/66/EC は、全体として個人データ保護のための一般法である個人データ保護指令 95/46/EC の特別法であるので、指令 97/66/EC に特に定めのない事項、とりわけ、データ主体 (Data Subject) の権利・義務、管理者 (Controller) 及び処理者 (Processor) の権利・義務、独立の監督機関による監督、不服申立方法及び救済方法等に関しては、個人データ保護指令 95/46/EC がそのまま適用されることになる。要するに、指令 97/66/EC と個人データ保護指令 95/46/EC とは、実質的にみて一体のものとして理解されなければならない⁽⁴⁴⁾。

そのような前提で指令 97/66/EC の全体構造を観察すると、同指令の実装として構成国が確保すべき一定の規範的要素は、同指令の第 4 条に定める安全性及び第 5 条に定める通信の秘密のみである。第 6 条ないし第 12 条は、ISDN を基礎とする電話通信に特有のもの、電話番号簿に特有のもの、電話料金請求書に特有のもの、スパムメールに特有のものなど、更に細目的な事項を定める条項である。これら第 6 条ないし第 12 条の条項を実装する場合においても、現実の手續等に関しては、全て個人データ保護指令 95/46/EC の関連条項が適用されることになる。

6. 2 e プライバシー指令 2002/58/EC

EC における 2002 年の通信法大改正により、従前の電気通信関連の法令 (ONP 指令) は、全面的に廃止となり、新たな指令に置き換えられた。

すなわち、電子通信ネットワーク及びサービスのための共通の法的枠組みを定める欧州議会及び理事会の 2002 年 3 月 7 日の指令 2002/21/EC (枠組み指令) (Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive)) (OJ L 108, 24.4.2002, p.33-50) の第 26 条により、指令 90/387/EEC、理事会決定 91/396/EEC⁽⁴⁵⁾、理事会指令 92/44/EEC⁽⁴⁶⁾、理事会決定 92/264/EEC⁽⁴⁷⁾、指令 95/47/EC、指令 97/13/EC、指令 97/33/EC 及び指令 98/10/EC は、2003 年 7 月 24 日をもって廃止された⁽⁴⁸⁾。また、指令 97/66/EC は、e プライバシー指令 2002/58/EC (Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002

concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)) (OJ L 201, 31.7.2002, p.37-47) ⁽⁴⁹⁾ の第 19 条により、2003 年 10 月 31 日をもって廃止された。

e プライバシー指令 2002/58/EC は、指令 97/66/EC の後継指令である。

その制定趣旨に関し、e プライバシー指令 2002/58/EC の前文(2)は、「この指令は、基本的な権利の尊重を求め、また、特に欧州連合基本権憲章によって認められた基本原則に留意している。とりわけ、この指令は、同憲章の第 7 条及び第 8 条に定める権利の完全な尊重を確保することを求める」と、前文(3)は、「通信の秘密は、人権に関する国際的な法律文書に従って、とりわけ、人権及び基本的な自由の保護に関する欧州条約並びに構成国の憲法に従って、保障される」と、前文(4)は、「通信分野における個人データの処理及びプライバシーの保護に関する欧州議会及び理事会の 1997 年 12 月 15 日の指令 97/66/EC は、指令 95/46/EC に定める基本原則を通信分野の特則へと翻訳したものである。指令 97/66/EC は、公衆が利用可能な電子通信サービスの利用者のために、用いられる技術とは無関係に、同じレベルで個人データ及びプライバシーの保護を提供するために、電子通信サービスのための市場及び技術の発展に適応すべきだった。それゆえ、同指令は廃止され、この指令によって置き換えられる」と述べている。この前文(4)は、それだけではわかりにくいのが、指令 97/66/EC の第 3 条第 1 項が「この指令は、とりわけ、統合サービスデジタルネットワーク（ISDN）及び公衆デジタル携帯電話網を介する欧州共同体の公共電気通信ネットワークにおける公衆が利用可能な電気通信サービスの提供と関係する個人データの処理に適用される」と、同条第 2 項が「第 8 条、第 9 条及び第 10 条は、デジタル交換機と接続されている加入者回線、及び、技術的に可能であり、かつ、不適切な経済的負担を要しない場合には、アナログ交換機と接続されている加入者回線に適用される」と、そして、同条第 3 項が「第 8 条、第 9 条及び第 10 条の要件を充足することが技術的に不可能な場合、または、不適切な投資を要する場合、構成国は、欧州委員会に対し、そのことを通知する」と定めていることから、技術的中立性（technological neutrality）に問題があるとの判断を前提にするものである⁽⁵⁰⁾。

そして、これらの前文の説明にある考え方にに基づき、e プライバシー指令 2002/58/EC

の第 1 条第 1 項は、「この指令は、電子通信分野における個人データの処理と関連する基本的な権利及び自由、とりわけ、プライバシーの権利と秘密の均等なレベルの保護を確保すること、並びに、欧州共同体の中におけるそのデータの支障のない移転及び電子通信機器とサービスの支障のない移転を確保することを求める国内法を整合性のとれたものとすることを定める」と定めている。

e プライバシー指令 2002/58/EC が個人データ保護指令 95/46/EC の特別法に該当するものであり、e プライバシー指令 2002/58/EC に定めのない事項については、個人データ保護指令 95/46/EC が適用されることに関し、e プライバシー指令 2002/58/EC の第 1 条第 2 項は、「この指令の条項は、第 1 項で示す目的のために、指令 95/46/EC の特則を定め、これを補完する。更に、この指令の条項は、法人である加入者の正当な利益の保護を定める」と定めている。

e プライバシー指令 2002/58/EC に定めるデータ主体の権利が公共の利益による制限を受けることに関し、同指令の第 1 条第 3 項は、「この指令は、欧州連合条約の第 5 款及び第 6 款が適用されるような、欧州共同体条約の適用範囲外の活動には適用されず、また、公共の安全、国防、国家安全保障（その活動が国家安全保障上の事柄と関連するときは、構成国の経済発展を含む。）及び刑事法の分野における構成国の活動にも適用されない」と定めている。

そして、e プライバシー指令 2002/58/EC の第 5 条は、通信の秘密に関し、以下のとおり定めている。

1. 構成国は、国内立法を通じて、公衆通信ネットワーク及び公衆が利用可能な電子通信サービスによる通信の秘密及び関連トラフィックデータの秘密を確保する。とりわけ、構成国は、第 15 条第 1 項に従い、そうすることが法的に認められる場合を除き、関係する利用者の同意なく、利用者以外の者によって行われる通信及び関連トラフィックデータの聴取、盗聴、記録保存、または、それ以外の傍受行為または監視行為を禁止する。本項は、秘密の原則を妨げることなく、通信の運搬のために必要な技術上の記録保存を妨げない。
2. 商取引またはそれ以外の業務上の通信の証拠を提供する目的のための適法な企業実務の過程で行われる場合、第 1 項は、法的に認められる通信及び

関連トラフィックデータの記録行為を妨げない。

3. 構成国は、指令 95/46/EC に従い、就中、処理の目的に関し、明瞭で理解しやすい情報の提供を受けた関係する加入者または利用者が、彼もしくは彼女の同意を与えたことを条件とする場合においてのみ、その加入者または利用者の端末機器の中に情報を記録保存し、または、その機器の中に既に記録保存されている情報へのアクセスを得ることが認められることを確保する。このことは、電子通信ネットワーク上で通信の送信を行う目的のみのための、または、加入者または利用者から明示で求められた情報社会サービスのプロバイダがそのサービスを提供するために厳格に必要なものとしての、技術的な記録保存またはアクセスを妨げない。

この第 5 条の規定内容は、指令 97/66/EC の第 5 条と比較すると、より詳細であり、特にインターネット上の電子通信において問題となる Cookie 等を用いた利用者行動の追跡によるプライバシー侵害問題を特に意識したものとなっている。

その後、インターネットの利用の規模・態様は、更に多様化し大規模化した。それに伴い、インターネット利用者という意味での通信当事者のプライバシー侵害のリスクもまた、質的・量的に変化し続けている。e プライバシー指令 2002/58/EC の改正案が提案されているのは、GDPR との調整を図るという形式的な理由もあるが、インターネットの利用に伴う具体的なプライバシー侵害の規模・態様の量的・質的な変化という事実を踏まえたものである。それゆえに、新たなビジネスモデルを模索する新興の IT 企業等との間における見解の対立を招きやすい事項を多数含むものとなっている⁽⁵¹⁾。

以上のような問題はがあるが、e プライバシー指令 2002/58/EC の第 5 条第 1 項は、指令 97/66/EC の第 5 条第 1 項と同様、通信の秘密の保護を明確に定めており、構成国は、e プライバシー指令 2002/58/EC の第 5 条第 1 項に定める通信の秘密を確保するための国内措置を実装しなければならない⁽⁵²⁾。

6. 3 e プライバシー規則案 COM(2017) 10 final

e プライバシー規則案 (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection

of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications)) COM(2017) 10 final - 2017/03 (COD) は、e プライバシー指令 2002/58/EC の改正提案である⁽⁵³⁾。

e プライバシー規則案の前文(1)⁽⁵⁴⁾ は、「欧州連合基本権憲章（以下「憲章」という。）の第 7 条は、全ての者の、彼または彼女の私的な生活、家庭の生活、住居及び通信を尊重する基本的な権利を保護している。人の通信のプライバシーに対する尊重は、この権利の重要な側面の 1 つである。電子通信の秘密は、いつ、どこへ向けて、誰に対し、その通信が送信されたのかを含め、通信当事者間で交換される情報及びその通信の外部要素が通信に関与する当事者以外の者に対して暴露されないことを確保する。秘密の原則は、起呼、インターネットアクセス、インスタントメッセージアプリケーション、電子メール、インターネット電話の通話及びソーシャルメディアを介して提供される個人メッセージを含め、現在及び将来の通信手段に対して適用されなければならない」と、前文(12) は、「接続された機器及び機械は、次第に、電子通信ネットワークを用いて相互に通信するようになってきている（モノのインターネット）。機械と機械との間の通信の送信は、ネットワーク上での信号の伝送を含むものであるので、一般に、電子通信サービスを構成する。プライバシーの権利及び通信の秘密の完全な保護を確保し、そして、デジタル単一市場における信頼できる安全なモノのインターネットを促進するために、この規則が機械と機械との間の通信の送信に対して適用されなければならないことを明確にする必要がある。それゆえ、この規則において掲げられている秘密の原則は、機械と機械との間の通信の送信に対しても適用されなければならない。例えば、指令 2014/53/EU のような分野別の立法に基づいて、個別の安全性確保措置を採択することもできるであろう」と、そして、前文(17) は、「電子通信データの処理は、企業、消費者及び社会全体にとって有用なものであり得る。指令 2002/58/EC と比較して、この規則は、電子通信サービスのプロバイダにとって、エンドユーザの同意に基づいて、電子通信メタデータを処理することのできる余地を拡大している。しかしながら、エンドユーザは、そのオンラインの行動を含め、彼らの通信の秘密を特に重視しており、そして、彼らは、通信の伝送以外の目的のための電子通信データの利用を制限することを望んでいる。それゆえ、この規則

は、電子通信サービスのプロバイダに対して電子通信メタデータの処理のためにエンドユーザの同意を得ることを求めるものとしなければならない。そのメタデータは、そのサービスへのアクセス及び接続を認め、維持するために生成される、装置の位置に関するデータを含めるものとしなければならない。電子通信サービスの提供の過程以外の場面で生成される位置データは、メタデータであるとはみなされない。電子通信サービスのプロバイダによる電子通信メタデータの商業利用の例としては、ヒートマップの提供を含み得る。それは、個人の存在を示すために色彩を用いるデータの描画表現である。一定の時間内における一定の方向への自動車の移動を表示するためには、一定の時間的間隔で、個人の位置とリンクさせるための識別子が必要である。この識別子は、匿名化されたデータが用いられた場合、または、そのような移動を表示することができなかった場合には、失われるかもしれない。そのような電子通信メタデータの利用は、例えば、既存のインフラの利用及びその負荷に基づいて新たなインフラを開発すべきかどうかを判断するために、行政機関及び公共輸送管理者に対して利益を与えるものであり得る。ある種の電子通信メタデータの処理が、とりわけ、新たな技術を用いる処理が、処理の性質、適用範囲、処理過程及び目的を考慮に入れた上で、自然人の権利及び自由に対する高度のリスクを発生させる可能性がある場合には、規則（EU）2016/679 の第 35 条及び第 36 条に従い、処理の開始前に、データ保護影響評価、及び、そのような場合であり得るときは、監督機関との協議を行わなければならない」と述べている。

通信の秘密を定める条項は、第 5 条であり、以下のとおり定めている。

電子通信データは、秘密のものである。この規則によって許容される場合を除き、聴取、タッピング、記録保存、モニタリング、スキャンニング、または、それ以外の種類の電子通信データの傍受、サーベイランスもしくは処理のような、電子通信データに対する干渉は、禁止される。

e プライバシー規則案の第 6 条及び第 7 条も通信の秘密と直接に関連する条項であり、GDPR に定める削除請求等と密接な関連性をもつものである。そして、e プライバシー規則案の第 23 条は、第 5 条、第 6 条及び第 7 条の違反行為に対して適用される非常に厳しい罰則を定めている。この罰則は、EU において事業活動を遂

行する日本国の通信事業者にも適用され得るものであり、その意味で、日本国の企業に対しても直接的な影響がある。

6. 4 欧州電子通信法 (European Electronic Communications Code)

欧州電子通信法 (European Electronic Communications Code) COM/2016/0590 final - 2016/0288 (COD) は、2002 年の大改正から約 15 年を経て、高度に発達したインターネット及びクラウドコンピューティングサービスの普及・利用の状況を踏まえ、これまで EU (EC) の電子通信部門の基本法令として機能してきた指令 2002/19/EC、指令 2002/20/EC、指令 2002/21/EC、指令 2002/22/EC、並びに、指令 2009/136/EC (OJ L 337, 18.12.2009, p.11-36) 及び指令 2009/140/EC (OJ L 337, 18.12.2009, p.37-69) をまとめて一括改正するための改正提案である⁽⁵⁵⁾。その案文は、これらの指令を統合し、重複部分を削除し、新たな文を挿入するような態様で構成されている。

その説明覚書 (Explanatory Memorandum) は、提案理由に関し、その冒頭において、「2009 年の電子通信のための法的枠組みの最後の見直し以来、この部門は大きく進化し、そして、オンライン経済のエナブラとしてのその役割が大きくなった。市場構造は、独占的な市場支配が次第に限定的なものとなるのと同時に、ネットの接続性が、経済生活の中に広く普及した特徴となった。消費者と企業は、音声電話及びそれ以外の在来型の通信サービスの代わりに、データアクセスサービスとインターネットアクセスサービスに依拠するようになってきている。その進化は、在来の電気通信事業者と競争する以前には知られていなかった市場参加者 (例えば、いわゆるオーバーザトッププレイヤー (OTTs) : 通信サービスを含め、インターネットを超えて広範なアプリケーションとサービスを提供するサービスプロバイダ) によって起こされたものである。それと同時に、クラウドコンピューティング、モノのインターネット、機械対機械通信 (M2M) 等のような、オンラインコンテンツサービスの数及び一般性を上昇させる高品質な固定接続及び無線接続の要求も増加した。電子通信ネットワークも同様である」、(中略)「この評価は、欧州のためのデジタル単一市場 (DSM) 戦略に照らして理解される必要がある。DSM 戦略は、デジタル部門が経験しつつあるパラダイムシフトの重要性を認

識し、そして、個人と企業が、公正な競争の条件の下でオンラインの活動にシームレスにアクセスし、行動できなければならないと述べている。更に、DSM戦略は、『欧州委員会は、2016年中に、(i) スペクトラム政策及び管理への一貫性のある単一市場のアプローチ、(ii) 有能なネットワーク事業者及びサービスプロバイダのための規模の経済と実効的な消費者保護を可能にするため、法令の断片化と闘うことにより、真の単一市場のための条件を整えること、(iii) 市場関係者のための公平な場と法令の一貫性のある適用を確保すること、(iv) 高速ブロードバンドネットワークへの投資を刺激すること、そして、(v) より効果的な法的組織構造の枠組みに関して焦点を当てた法的枠組みの大胆なオーバーホールのための提案書を提示する』との旨をアナウンスした」と述べている。

ここでいう「欧州のためのデジタル単一市場戦略（A Digital Single Market Strategy for Europe）」とは、委員会通知 COM(2015) 192 final (Brussels, 6.5.2015) のことを指す⁽⁵⁶⁾。ONP 指令がオープンネットワーク提供（Open Network Provision）を強力に推進することによって通信の自由化を促進することを主目的とする青書（Green Paper：COM (87) 290, 30 June 1987）から始まっているのと同様、それから 30 年以上を経た 2020 年代以降における EU の電子通信部門における基本政策は、この「欧州のためのデジタル単一市場戦略」を更に先に進めるものとして推進されるものと考えられる⁽⁵⁷⁾。

また、欧州電子通信法（European Electronic Communications Code）は、前述の e プライバシー指令 2002/58/EC の改正案とも密接に連携するもので、相互に依拠するような条項が含まれている。通信の秘密それ自体に関する条項は、e プライバシー指令 2002/58/EC の改正案の中にあり、現行法と同様、通信の秘密の保護に関する明確な条項が予定されている。しかし、欧州電子通信法（European Electronic Communications Code）の中にも通信の秘密と関連する条項が幾つか存在している。例えば、改正のための審議途中の案文であるので、今後更に修正される可能性があるが、2018 年 9 月 23 日の時点における欧州電子通信法（European Electronic Communications Code）の第 458 条（事業者の権利及び義務）の第 2 項案は、構成国が、事業者に対し、他の事業者との間のアクセス契約または相互接続契約の締結と関連する交渉において送受信及び記録保存された情報の秘密を尊重することを要求すべき旨を定めている。

加えて、欧州電子通信法 (European Electronic Communications Code) は、通信の秘密そのものではないが、事業者の営業秘密 (business confidentiality) の保護に関する非常に多数の条項を設けている⁽⁵⁸⁾。それゆえ、この欧州電子通信法 (European Electronic Communications Code) は、通信法及び情報法の研究者にとってのみならず、知的財産法や競争法の研究者にとっても極めて大きな重要性をもつものとなることが予想される。

6. 5 今後の方向性

ONP 指令が適用されていた当時におけるデータの電子計算機処理の中でもデータベースによるデータ処理の多くは、正確にフィールド設計されたレコードを単位とする記録の処理であったし、現在でもそのようなものが主流であり続けている部分が多い。

例えば、EU (EC) における電子商取引指令 2000/31/EC (Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce')) (OJ L 178, 17.7.2000, p.1-16)⁽⁵⁹⁾ が適用される電子商取引においては、その取引が特定の自然人または法人との間の個別具体的な決済を要するものである限り、正確な電子認証が機能していることを必須の前提としなければならない。その電子認証を規律する EU の現行法である電子識別規則 (EU) No 910/2014 (Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC) (OJ L 257, 28.8.2014, p.73-114)⁽⁶⁰⁾ は、その技術的基盤としては、在来型の正確にフィールド設計されたレコードの構築を前提とするものである⁽⁶¹⁾。また、例えば、EU の対外国境管理のために使用される生体認証データとの関連においても、理事会決定 2008/615/JHA (Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime) (OJ L 210, 6.8.2008, p.1-11)⁽⁶²⁾ を実装する細則である理事会決定 2008/616/JHA (Council Decision 2008/616/JHA of 23 June 2008 on the

implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime) (OJ L 210, 6.8.2008, p.12-72) ⁽⁶³⁾ は、正確にフィールド設計されたレコードの構築を必須の前提としている。このことは、最先端のコンピュータ技術を駆使するデリバティブ取引においても同じであり、例えば、OTC デリバティブ規則 (EU) No 648/2012 (Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories Text with EEA relevance) (OJ L 201, 27.7.2012, p.1-59) ⁽⁶⁴⁾ を実装する細則である委員会実装規則 (EU) No 1247/2012 (Commission Implementing Regulation (EU) No 1247/2012 of 19 December 2012 laying down implementing technical standards with regard to the format and frequency of trade reports to trade repositories according to Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories) (OJ L 352, 21.12.2012, p.20-29) ⁽⁶⁵⁾ で用いられるレコードのフィールド設計においても同様である。このことは、より広く、そのほぼ全部が電子化されている金融商品取引一般を規律し、かつ、OTC デリバティブ以外のデリバティブ取引に適用される金融商品市場指令 2014/65/EU (MiFID II) (Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU) (OJ L 173, 12.6.2014, p.349-496) ⁽⁶⁶⁾ 及び金融商品市場規則 (EU) No 600/2014 (MiFIR) (Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Regulation (EU) No 648/2012) (OJ L 173, 12.6.2014, p.84-148) ⁽⁶⁷⁾ でも同様であり、電子的な資金決済全般に適用される決済サービス指令 (EU) 2015/2366 (PSD2) (Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC) (OJ L 337, 23.12.2015, p.35-127) ⁽⁶⁸⁾ でも同様である。

しかしながら、いわゆるビッグデータ分析（big data analysis）の場合を含め⁽⁶⁹⁾、世界の重要なデータベース処理は、不定形のデータが混在する中から一定の基準に基づき、または、人工知能（AI）と関連する技術⁽⁷⁰⁾の応用により、自動的処理または半自動的な処理によって、新たに分類され直され、グルーピングされ、または、集約され直されたデータ解析を実行可能なものへと変化しつつある。このような予め厳格に定められたプロシージャによって予定調和されるのではなく、収集されたデータそれ自体の中から柔軟に新たに何らかの価値を発見・創出しようとするデータ駆動型の分析手法⁽⁷¹⁾及びそれを用いた新たな経済活動という考え方⁽⁷²⁾は、もはや動かし難いものとなっている。そのような変化は、EUの個人データ保護法制にも大きな影響を与えており、例えば、GDPRの第21条及び第22条は、プロファイリングを含め、データ主体の人格的側面に関する自動的な処理と関連する条項を強化している。他方において、欧州委員会は、そのような自動処理または半自動処理に基づく製品やサービスの大量投入に伴う消費者等の被害の防止及び救済の方法に関しても、そして、高度な自動処理の導入によって既存の職業の多くが消滅してしまうことに伴う深刻な労働問題⁽⁷³⁾に関しても、専門家グループを交えた真剣な検討を重ねている⁽⁷⁴⁾。

現在のEUの電子通信部門の政策文書の多くは、デジタル単一市場と関連したものであり、技術的側面に着目した政策提言を掲げるものである。それらは具体的な政策及び今後の方向性を知るための重要な手掛かりを与える資料であるという点において疑問をはさむべき余地はない。しかし、EUの電子通信部門と直接に関係するものではない諸々の先端技術は、将来、電子通信にも大きな影響を与える可能性を十分に肯定できる。それゆえ、将来の方向性を見定めるためには、現在ある政策が比較的近い将来に大きく修正または廃止される可能性も考慮に入れる必要性があり、それゆえに、EUの関連政策文書だけではなく、より広い見地からの考察が求められる。

今後の通信法制の中における通信の秘密や個人データのあり方を考える際においても、既存の固定的または静的なデータ処理だけを想定するのではなく、通信技術を構成する有形・無形の全ての要素が自動的な大量解析の対象となるような時代を想定した検討が必要となるのである。そして、もしそのような自動解析等による弊害を除去するための有効な対応手段が客観的に成立不可能であるときは、技術革新

及び経済成長の可能性を犠牲にしてでも、より実効的で強制的な制限措置の強化を考えざるを得ないような結果となることもあり得るということを想定すべきである。

7 まとめ

本稿においては、従来あまり丁寧に検討されたことのない EC の ONP 指令の中にある通信の秘密関連条項及び個人データ保護条項に関し、EEC 当時の最初の ONP 法令に遡り、そして、現行の一般法である GDPR との関連及び将来の電子通信の基本法となることが予定されている European Electronic Communications Code との関連にも触れながら、全体像を理解するための考察を行った。

この考察の中で、ONP 指令中の基本要件として一般的に定められていた電気通信における通信の秘密及び個人データ関連条項が独立した特別法である指令 97/66/EC の制定に発展し、更に、2002 年の EC の電気通信法の大改正により、e プライバシー指令 2002/58/EC へと引き継がれて今日に至っている様子を明確にすることができたと考える。その意味で、ONP 指令は、今日あるような姿の EU（EC）の電気通信または電子通信における通信の秘密及び個人データ保護の法令の母体となった法令群である。そして、それらの法令によって保護される通信の秘密が私人の実体権（法的に保護される利益）としてもとらえられ得る場合、伝統的な民事訴訟において、不法行為法または契約法の適用により、損害賠償請求及び何らかの行為請求をなし得るということは、不動のままである⁽⁷⁵⁾。一般に、通信の秘密に関しては、従来、憲法学からのアプローチが主流であったと考えられる。しかし、それは、本来的には、通信法または情報法の分野において最も良く研究されるべき課題の 1 つである⁽⁷⁶⁾。一般に、通信部門の法令による法的保護は、憲法学というよりも行政法及び公政策の分野との関連が深い。それと同時に、一般民事法による法的保護が民法学及び民事訴訟法学の分野に属するものであることは言うまでもないことである。

本稿は、前掲「情報社会の素描—EU の関連法令を中心として—(1)」において提案した情報法制の基本構造のモデルの中で、電気通信と関連する EU（EEC、EC）の個別具体的な法令について十分に触れることができなかった点を補遺する趣旨

も含まれている。一般に、情報通信法制は、法体系としての情報法のインフラ部分を構成する法令の中でも最も重要なものであり、情報法の横断的なプロトコルである情報セキュリティ及び個人データ保護と関連する法規範が直接に交差する領域でもある。しかも、著しく様変わりする関連電子技術の発展・応用から目を離していたのでは全く手に負えなくなってしまうという意味で、油断の許されない法領域である。とりわけ、電子通信回線を通じて集中管理もしくは遠隔操作され、または、電子通信回線を介して IoT 機器が自律的に相互にやりとりをすることを通じて社会内の様々な営みが実現されるようになっている現代社会においては、医事法や環境法のような一見すると情報通信や情報法とは無関係のように見える法領域も全て情報通信技術及び情報法によって横断的にバインドされてしまっているという事実に気づくべきである⁽⁷⁷⁾。

それゆえ、今後、生起する事実を直視しつつ、この分野における法学研究が更に多角的かつ多様に行われることを期待する。

以上をもって、実定法と判例法を重視し、法制度のもつ実用性という一般的な側面を軽視することなく、プライバシーの民事上の法的保護に関する学術研究を含め、極めて膨大かつ多角的な法学理論上の研究業績をあげられた新美育文先生から受けた学恩に感謝し、それに応える献呈論文とする。

以上（2018 年 9 月 25 日脱稿）⁽⁷⁸⁾

注

- (1) 関連する EC の政策文書として、Towards a Competitive Community-wide Telecommunications Market in 1992. Implementing the Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment. COM (88) 48, 9 February 1988 がある。
- (2) Laurent Garzaniti & Matthew O'Regan, Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law and Regulation (3rd edition), Sweet & Maxwell (2010), pp.4-13 参照。
- (3) EC 及び EU の「Member States」を「加盟国」と訳す例がある。約 20 年前までの時点では両説あったようである。そのため、例えば、ECOM プライバシー問題検討 WG 訳の個人データ保護指令 95/46/EC の仮訳は、「Member States」の訳語として「加盟国」を用いているのに対し、堀部政男研究室訳の個人データ保護指令 95/46/EC の仮訳は、「構成国」を用いている。当時においては、主として国際法系の法学研究者が「加盟国」を用い、主として比較法系の法学研究者が「構成国」を用いていたようである。しかし、それから約 20 年の時を経て、「加盟国」との訳語を用いると非常に不都合なことが多々あることが次第に判明することとなった。そして、現時点においては、「加盟国」との訳語は明

らかに不適切であるとの認識が広く共有されている。それゆえ、「加盟国」との訳語は改められなければならない。EU（EC）の憲法に相当する基本諸条約をみると、EU（EC）の構成国ではない国は、関連加盟条約の加盟手続に基づき、構成国の候補国（Candidate State(s)）となった後、所定の手続を経て、EU（EC）を構成する諸国の1つである構成国（a Member State）となるのであるから、EU（EC）の統治組織の構造を定める諸条約上においては、「加盟国」ではなく、「構成国」が正しい。実務的にみても、例えば、EUの同一の公式法律文書の中に「Party States」及び「Member States」との語が混在している場合、そのどちらも「加盟国」と訳すとすれば、その識別性が完全に失われ、法律文書の翻訳としての品質を根本から崩壊させる原因となる。この場合において、それぞれについて「**条約加盟国」、「EU加盟国」等と補って翻訳することもあり得ることではあるが、迂遠であり、かつ、誤訳や誤記等の大きな原因の1つとなり得る。そして、一般に、国際法及びEU法に精通している正常かつ有能かつ勤勉な法学研究者の多くは、「Member States」を「構成国」と訳している。

- (4) EC（EU）の構成国以外の国は、「第三国（third countries）」に該当するものとして、関連するEC法（EU法）に定める十分性の条件または均等性の条件に服する場合においてのみ、これらの市場における取引参加が認められることになる。EU（EC）の個人データ保護法令における第三国の十分性要件について考察する場合においても、少なくとも仮説的な思考過程として、第三国がEU（EC）の個人データ市場に参入するための条件の問題として置き換えて考えてみる必要がある。
- (5) 本稿においては、「telecommunication」の訳語として「電気通信」を用いる。従来、「telecommunication」を「電気通信」と訳するのが通例であり、日本国の公式文書もその訳語を採用してきた。しかし、「telecommunication」は、原語の語源を重視すると、「遠隔通信」または「隔地通信」と訳すべきものである。日本国の公式文書を含め、全ての文書は、「telecommunication」の訳語を一斉に改めるべきであるが、そのように主張しても現実に改められる可能性は、ほぼ皆無である。EU（EC）においては、2002年の通信法の大規模改正以降、「telecommunication」ではなく、「electronic communication」が用いられており、直訳すれば、実は、こちらのほうが「電気通信」である。しかしながら、「telecommunication」の訳語を改めることが現実問題として不可能である以上、「electronic communication」を「電子通信」と訳して「telecommunication」と区別するのが相当である（植月献二「EUの情報通信規制改革—急速な通信環境変化への対応—」外国の立法246号46～85頁（2010）参照）。
- (6) 理事会指令90/387/EECの参考訳は、法と情報雑誌3巻7号176～192頁にある。
- (7) 泉水文雄・柴田潤子・西村暢史・横手哲二「競争政策研究センター共同研究：諸外国の電気通信分野における市場支配的地位の濫用規制等に関する調査」公正取引委員会（2005年3月8日）参照。
- (8) 根岸哲・石村善治・舟田正之・稗貫俊文『通信・放送・情報と法』（三省堂、1990）、舟田正之『情報通信と法制度』（有斐閣、1995）、情報通信総合研究所編『通信自由化—10年の歩みと展望』（情報通信総合研究所、1996）参照。なお、米国における通信の自由化に伴う関連立法に関しては、国際通信経済研究所第一研究部編『米国通信法対訳』（国際通信経済研究所、1997）、郵政省郵政研究所編『1996年米国電気通信法の解説—21世紀情報革命への挑戦』（商事法務研究会、1997）が参考になる。
- (9) 参考になる論説として、土佐和生「ECにおける電気通信規制の法と政策—規制と競争の相互連関—」香川法学12巻4号43～134頁、同「電気通信事業に対するEC競争法の適

- 用可能性—「電気通信セクターに係る EEC 競争規則の適用に関するガイドライン（草案）(GUIDELINES ON THE APPLICATION OF EEC COMPETITION RULES IN RESPECT OF THE TELECOMMUNICATIONS SECTOR (DRAFT), Commission of The EC, July 1990)」の概要と解説—」同誌 11 巻 3・4 号 169～201 頁がある。
- (10) 阿部容子「情報通信技術の融合期における欧州市場統合と標準化政策—アプローチの変容を中心に—」北九州市立大学国際論集 13 号 41～54 頁(2015) 参照。
- (11) 夏井高人「サイバー犯罪の研究（三）—通信傍受に関する比較法的検討—」法律論叢 85 巻 6 号 363 頁(2013) 参照。
- (12) 日本国の電信電話公社の時代における通信の秘密の基本は、いわゆる「墓場までもっていく」というような表現によって代表される厳格な守秘義務の徹底に尽きるものであったと言える。それと同時に、電信電話公社が、国家機関としての様々な職務と義務を尽くさなければならない以上、現在の民間事業者としての通信事業者と同じような価値判断基準に基づいて論ずることはできない。それらの事情を考慮に入れた上で、電子電話公社時代における通信の秘密保護のための実務の詳細は謎に包まれたままであると言わざるを得ないので、今後、法史学研究の一部として掘り下げた調査研究が実施されることが望まれる。
- (13) 鈴木実『通信法体系』（ぎょうせい、1986）が参考になる。
- (14) これは、電気通信部門における支配的地位にある事業主体が電気通信部門における他の新興の事業主体等（特に、電気通信サービスプロバイダ）からの接続要求に対する応諾義務、すなわち、接続強制を含む。そのような政策の導入なしには、相互接続性（interconnectivity）を達成するための前提を確保することさえも不可能となる。
- (15) Proposal for a Council Directive concerning the protection of individuals in relation to the processing of personal data COM(1990) 314 の前文（Recital）参照。
- (16) 個人データ保護指令 95/46/EC の参考訳・改訂版は、法と情報雑誌 2 巻 5 号 332～365 頁にある。
- (17) 従来の法学研究は、米国判例法によって発展してきたプライバシー法理を中心とするものであった。このプライバシーの利益は、EU（EC）における個人データ保護法制においても中心的な保護法益を構成するものである。しかしながら、EU（EC）における個人データ保護法制は、実体権としての保護法益を私人が権利行使して自ら保護するという法制度を構築することを主眼とするものではなく（その意味でも自己情報コントロール権を設定するものではなく）、独立性の高い専門行政機関の関与により、域内市場における取引に伴う個人データ処理の適正さを担保し、そのような適正さの担保のための道具概念として、手続的権利・手段的権利・人工的権利としてのデータ主体の諸々の権利を設定するというものであり、いわば、マネジメントシステム（management system）の考え方を基礎として法制度を構築しようとする試みの一種として理解するのが正しい。一般データ保護規則（EU）2016/679（GDPR）（OJ L 119, 4.5.2016, p.1-88）の第 25 条に定めるプライバシーバイデザイン（Privacy by Design）の原則及びプライバシーバイデフォルト（Privacy by Default）の原則は、権利保護のための一定の制度の強制（制度的保障の一種）としても理解可能なものであり、そのような制度が個人データ保護の法制の中に導入されていることは、実体的な保護法益としてのプライバシーの利益を法的に保護するための手続的・手段的・人工的な手法が「権利」という理論構成をとって実装される場合に限定されることなく、「制度」という形態によっても実装可能であることを示していると認めることができる。人間の個別の意思とは無関係に情報システムに

よって個人データが大量に処理され、自動的な判定（プロファイリングを含む。）が実行され、事前の同意要件が希薄化または名目化してしまうという現代の処理主義的な社会環境においては、プライバシー保護及び人格権保護のための制度設計として、権利構成よりも制度保障構成のほうがより実効性が高いことを否定することは無理なことである。そして、EU（EC）の個人データ保護法制の有無とは全く無関係に、私人間におけるプライバシー侵害事案に関しては、各構成国における民法（契約法及び不法行為法）及び判例法によって、実体権としてのプライバシーの利益が保護され、その侵害行為に対しては損害賠償請求が認められ、あるいは、個人データに関する権利を人格権の一種として定める法制をもつ構成国においては、人格権であるプライバシーの権利の行使として物権的な請求（相手方に対する作為・不作為の請求）も認められ得るという事実からもそのことを理解することができる。そのような意味での私人間の侵害行為における不法行為法または契約法に基づく（民事訴訟を通じて実現される）プライバシーの保護の基本原理は、現時点においても不動のものである。これらの諸点に関しては、夏井高人「欧州連合における個人データ保護の諸要素に関する考察」法律論叢 90 巻 1 号 79～125 頁（2017）、同「EU の行政機関に適用される個人データ保護規則における基本概念—個人データ保護条約及び EU 一般個人データ保護規則との関係を含めて—」同誌 89 巻 2・3 号 181～245 頁（2017）、同「情報社会の素描—EU の関連法令を中心として—（1）」同誌 90 巻 4・5 号 135～181 頁（2018）及び同「情報社会の素描—EU の関連法令を中心として—（2・完）」同誌 90 巻 6 号 165～211 頁（2018）において既に述べたとおりである。

- (18) Christopher Kuner, *European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation* (Second Edition), Oxford University Press (2007) の 24 頁は、EC（EU）における通信の秘密の保護を定める法令について、後述の指令 97/66/EC が最初のものであるとしている。しかし、本稿において論証するとおり、この見解は、誤りである（前掲 Laurent Garzaniti & Matthew O'Regan 参照）。また、Orla Lynskey, *The Foundation of EU Data Protection Law*, Oxford University Press (2015) は、通信の秘密に関して多数の言及をしているものの、その根拠法令を後述の e プライバシー指令 2002/58/EC のみに求めている。これは、同書が現行法のみを前提とする考察を示す書籍であり、法制史を扱う書籍ではないためであると推察される。
- (19) 前掲植月献二「EU の情報通信規制改革—急速な通信環境変化への対応—」参照。
- (20) 本稿においては、原則として、日本国の個人情報保護法令との比較検討は行わない。EEC 及び EC の ONP 指令の中にある基本要件に関する条項と日本国の個人情報保護法令中の関連条項だけを単純に比較することは、無意味なことであるし、その生産性も乏しい。あるべき意味のある研究成果を得るためには、電気通信事業法（昭和 59 年法律第 86 号）、有線電気通信法（昭和 28 年法律第 96 号）及び電波法（昭和 25 年法律第 131 号）の立法史、並びに、関連する競争法の立法史を含めた総合的な比較法制史の検討及び考察が必須である。しかし、その研究対象の分量の膨大さに鑑み、そのような研究は、後進に譲ることとし、その研究成果が公表される日が来ることを期待したいと思う。
- (21) 現行の条約である TFEU (the Treaty on the Functioning of the European Union) の第 16 条（旧 TEC 第 286 条）は、個人データの保護及びその支障のない移動を、第 26 条（旧 TEC 第 14 条）は、域内市場が物品、人、サービス及び資本の支障のない移動によって構成されることを、第 45 条（旧 TEC 第 39 条）は、労働者の支障のない移動を、第 57 条（旧 TEC 第 50 条）は、物品、資本及び人の支障のない移動を、第 58 条（旧 TEC 第 51 条）は、サービス提供の自由を、第 63 条（旧 TEC 第 56 条）及び第 65 条（旧 TEC

第 58 条) は、資本及び決済の支障のない移動をそれぞれ定めている。旧 EEC 条約の第 8 条 a に相当する TFEU の条項は、第 26 条 (旧 TEC 第 14 条) である。

- (22) かつて、主要各国の情報通信政策の中で重要視され、標語的に推進されたものの中で、現在では死語と同然の状態となっているものは、決して少なくない。例えば、ニューメディア (New Media)、マルチメディア (Multimedia)、ビデオオンデマンド (Video on Demand) 等がその例である。一般に、国家の情報通信政策は、それを物理的に構成する技術に即応する必要性があるため、やむを得ない面がある。しかし、それだからこそ、情報社会の将来を見据えて構築されるタイプの学術研究の分野においては、流行の用語にとびつくことなく、より大きな視点からのモデリング、分析、考察及び予測が必要になるのである。現在、AI もまた流行語の一種のようにになっているが、現実には実装されている技術は、偽 AI または擬似 AI とでも表現されるべき普通の在来型コンピュータソフトウェアの発展形に過ぎないものが決して少なくないことから、その場面においても、モデリングの失敗が AI を対象とする考察や社会理論等の全体の失敗を招く危険性が極めて高いことを理解すべきであるし、語それ自体が将来的に死語化する可能性を常に考慮に入れるべきである。同様のことは、情報通信技術 (ICT) やモノのインターネット (IoT) についても言うことができる。
- (23) 同時代 (1990 年代前半期) の日本国においても、まだ nifty や mixi のような「パソコン通信」の全盛期であり、単なる個人がインターネット上にホームページを構築することが比較的容易になったのは 1990 年代末のことであり、Web ベースのインターネットサービスが一般的かつ広範囲に普及したのは、2000 年以降になってからである。ただし、インターネットの技術的基盤を構築するためのその分野の専門家の間における UNIX の利用は 1990 年代の初期の段階でかなり普及していた。その当時の様子を知るために、高野豊『root から/へのメッセージ』(アスキー出版局、1991) は、非常に参考になる良書であり、現時点においても重要なものと判断できる貴重な示唆が多数含まれている。
- (24) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services COM(2000) 393 の立法提案理由説明文書である Explanatory Memorandum to COM(2000) 393 - Common regulatory framework for electronic communications networks and services 参照。
- (25) 例えば、4 番目の項目である「データの保護」を情報セキュリティの基本原則から理解することは可能である。情報セキュリティの基本原則に従うとすれば、「データの保護」とは、データの機密性 (confidentiality)、データの完全性 (integrity) 及びデータの可用性 (availability) の保護を意味することとなり、そして、電気通信回線を介して送受信中のデータの機密性の保護とは、まさに通信の秘密の保護と同一または均等である。
- (26) 指令 95/62/EC の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 9 号 166～197 頁にある。
- (27) 指令 97/13/EC の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 7 号 124～145 頁にある。
- (28) 指令 97/33/EC の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 7 号 146～175 頁にある。
- (29) 指令 98/10/EC の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 9 号 130～165 頁にある。
- (30) ネットワーク運営の安全性に関し、指令 97/33/EC の第 10 条第 1 副項は、「指令 90/387/EEC の第 3 条第 5 項及び第 5 条第 3 項に従って執られ得る活動を妨げることなく、この指令の目的のために、指令 90/387/EEC の第 3 条第 2 項に定める基本要件は、本条の (a) ないし (d) に定めるように、公共電気通信ネットワーク及びまたは公衆が利用可能な電気通信サービスに適用される」と定め、同条第 2 副項 (a) は、「破局的なネットワーク機能停止

の場合において、または、異常気象、地震、洪水、落雷もしくは火災のような、不可抗力による例外的な場合において、公共電気通信ネットワーク及び公衆が利用可能な電気通信サービスの可用性が維持されることを確保するために必要となる全ての手立てを講ずる」と定め、指令 98/10/EC の第 13 条第 2 項第 1 副項は、「構成国は、公共固定電気通信ネットワーク及びまたは公共固定電話サービスへのアクセスまたはその利用が、基本要件に基づいて制限される場合、後述の (a) ないし (e) に定める基本要件を示す関連国内条項をその制限の根拠とすることを確保する」と定め、同条第 2 項第 2 副項は、指令 97/33/EC の第 10 条第 2 副項 (a) と同様に定めている。

- (31) このことは、個人データ保護指令 95/46/EC においても同じである。例えば、同指令の前文 (43) は、データ主体のアクセスの権利に対する一般的な利益による制限に関し、「アクセスの権利及び情報提供の権利に関する制限並びに管理者の一定の義務に関する制限は、同様に、例えば、構成国または欧州連合の国家安全保障、国防、公共の安全、または、経済上もしくは財政上の重要な利益、並びに、犯罪捜査及び訴訟、及び、規制を受ける職種の倫理違反と関係する行為のような防護のためにそれが必要である限り、構成国によって課すことができる；例外及び制限のリストは、上述の公共の防護、経済上もしくは財政上の利益及び犯罪の防止と関係する 3 つの分野において必要な監視、検査もしくは規制の職務を含めるものとしなければならない；これら 3 つの分野における職務をリストに掲げることは、国家安全保障または国防を理由とする例外または制限の適法性を左右するものではない」と述べている。
- (32) 従来は、データの暗号化やスクランブル化を含め、通信またはデータそれ自体の機密性保護の技術的側面が重視される傾向が強かったことは否定できない。これは、法学者の中に技術面に強い者が多いとは言えず、ともすると、当該通信技術やデータ保護技術と関連する技術系の専門家の意見が優先してしまった結果ではないかと推察される。そのような一般的傾向は、日本国における行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律（平成 25 年法律第 27 号）と関連する近時の諸々の議論の中にも見られる。
- (33) GDPR の第 5 条第 1 項 (f) は、「無権限による処理もしくは違法な処理に対して、並びに、事故による喪失、破壊または加害に対して、適切な技術上または組織上の措置を用いて行われる防護を含め、個人データの適切な安全性を確保する態様により、処理される（「完全性及び機密性」）」と定めている。すなわち、「データの安全」または「データの保護」は、抽象的には、そのデータが送受信されているデータである場合、基本原則の適用として、通信の秘密を含むものと解することができる（Sibylle Gierschmann, Katharina Schlender, Rainer Stentzel und Winfried Veil(Hrsg.), Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, Bundesanzeiger Verlag (2017) の 184 頁は、GDPR の第 5 条第 1 項 (f) の「完全性及び機密性」について、個人データ保護指令 95/46/EC の第 16 条（処理の機密性）を引き継ぐものであると述べている）。ただし、現行法の下における通信と関連する個人データの保護に関しては、GDPR の特別法である e プライバシー指令 2002/58/EC が適用される関係にあることから、直接的・具体的には、同指令に定める通信の秘密に関する条項（第 5 条）のみが適用されるという論理的な帰結となる。
- ただし、e プライバシー指令 2002/58/EC の適用のない通信に関しては、GDPR が適用される。このことについて、e プライバシー指令 2002/58/EC の前文 (10) は、「電子通信分野において、管理者の義務及び個人の権利を含め、とりわけ、この指令の条項によって特に適用範囲となっていない基本的な権利及び自由の保護と関連する全ての事項につ

いて、指令 95/46/EC が適用される。指令 95/46/EC は、非公開の通信サービスにも適用される」と述べている。この記述中の「指令 95/46/EC」とある部分は、GDPR（規則 (EU) 2016/679）の適用（施行）の日である 2018 年 5 月 25 日以降においては、「規則 (EU) 2016/679」と自動的に読み替えられる。そして、このことは、2018 年 9 月 25 日現在審議中の e プライバシー指令 2002/58/EC を改正する規則案が採択された後の e プライバシー規則の適用の関係においても同じである。

- (34) 全くの第三者が加害行為主体となる場合、電気通信法令に基づく義務違反を観念することができない。そのような場合、例えば、無権限アクセス（不正アクセス）を規律する特別刑法上の義務（権限なくアクセスしてはならない義務）の違反、または、より抽象的な一般義務である「悪をなさない義務」を観念できる程度である。一般的にはこのように理解することは可能であるが、実際には、それらの第三者による加害行為は、民法上または判例法上の不法行為を構成することになるので、その成立要件としての故意または過失の要件該当性の解釈問題及び事実認定問題として解消されることになる。それゆえ、民事法の分野においては、基本的には、一般義務それ自体を議論する実益が頗る乏しく、個々の法律効果発生のための具体的な法律要件の研究と解釈に重点が置かれることになる。
- (35) 個人データ保護指令 95/46/EC は、通信回線を介したメッセージ通信における管理者（controller）の意義に関し、「個人データを含むメッセージが当該メッセージの送信のみの目的で通信サービスまたは電子メールサービスによって送信される場合、そのメッセージに含まれる個人データと関係する管理者は、通常は、通信サービスを提供する者ではなく、そのメッセージを発信する者であると考えられ得る。しかし、そのサービスの業務遂行のために必要となる付加的な個人データの処理との関係においては、そのようなサービスの提供をする者は、通常、管理者として判断され得る」と述べている。
- (36) 前掲「サイバー犯罪の研究（三）—通信傍受に関する比較法的検討—」参照。
- (37) 当時における調査結果として、行政管理庁行政監視委員会「行政機関等における電子計算機利用に伴うプライバシー保護に関する制度の在り方についての中間報告」郵政調査時報 16 巻 2 号 59～71 頁（1975）、行政管理庁「行政機関等における電子計算機利用に伴うプライバシー保護対策の推進について」月刊自治研 16 巻 9 号 68～70 頁（1974）が公表された。また、関連資料として、堀部政男「アメリカにおける行政とプライバシー」ジュリスト 589 号 70～80 頁（1975）、飯塚和之・堀部政男「イギリスにおける行政とプライバシー」同誌同号 81～88 頁、石村善治「西ドイツにおけるデータ保護法制—その実状と問題点」同誌同号 89～98 頁、菱木昭八朗「スウェーデンにおけるプライバシー保護立法の現状と将来」同誌同号 99～104 頁、石村善治訳「ヘッセン州データ保護法（1970 年 10 月 7 日）」同誌同号 127～128 頁、石村善治訳「ラインラント・プファルツ州データ濫用防止法（1975.2.14）」同誌同号 128～130 頁、菱木昭八朗訳「スウェーデン・データ法（1973 年法律第 289 号）」同誌同号 130～132 頁がある。ただし、これらの調査結果は、当時の欧州各国における行政部門における個人データ保護法制と関連するものである。それは、これらの法制調査が、日本国における行政機関の保有する電子計算機処理に係る個人情報の保護に関する法律（昭和 63 年法律第 95 号）の制定と関連するものであったからであると考えられる。
- (38) 欧州評議会の個人データ保護条約（ETS No.108）の参考訳は、法と情報雑誌 1 巻 4 号 1～20 頁にある。同条約の説明書の参考訳は、同誌同号 26～61 頁にある。同条約の追加議定書（ETS No.181）の参考訳は、同誌同号 21～25 頁にある。個人データ保護と関連する法情報の交換に関する欧州評議会閣僚委員会勧告 No.R (80) 13 の参考訳は、同誌同

- 号 70～71 頁にある。コンピュータに関連する犯罪に関する欧州評議会閣僚委員会勧告 No.R (89) 9 の参考訳は、法と情報雑誌 1 巻 6 号 133～134 頁にある。情報技術と関連する刑事手続法上の問題に関する欧州評議会閣僚委員会勧告 No.R (95) 13 の参考訳は、同誌同号 135～139 頁にある。
- (39) 民間部門における電子的なデータバンクに対応する個人のプライバシーの保護に関する決議第 22 号（1973 年）の参考訳は、法と情報雑誌 1 巻 4 号 62～65 頁にある。公的部門における電子的なデータバンクに対応する個人のプライバシーの保護に関する決議第 29 号（1974 年）の参考訳は、同誌同号 66～69 頁にある。
- (40) 指令 97/66/EC の参考訳・改訂版は、法と情報雑誌 3 巻 7 号 109～123 頁にある。
- (41) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52016PC0590> [2018 年 9 月 23 日確認]
- (42) 個人データ保護指令 95/46/EC の第 13 条第 1 項は、(a) 国家安全保障；(b) 国防；(c) 公共の安全；(d) 犯罪行為または規制を受ける職業における倫理違背行為の防止、捜査、検知及び訴追；(e) 通貨、予算及び税に関する事項を含め、構成国または欧州連合の重要な経済的利益もしくは財政上の利益；(f) たとえ一時的なものであっても、(c)、(d) 及び (e) に示す場合において、公的な権限の行使と関係する監視、調査または規制の職務；(g) データ主体の保護またはそれ以外の者の権利及び自由の保護のために必要な措置を講ずる場合を適用除外としている。同様の公共の利益に基づく制限を定める GDPR の第 23 条第 1 項は、(a) 国家安全保障；(b) 防衛；(c) 公共の安全；(d) 公共の安全への脅威に対する防護及びその防止を含め、犯罪行為の防止、捜査、検知もしくは訴追または刑罰の執行；(e) 欧州連合または構成国の一般的な公共の利益の上記以外の重要な対象、とりわけ、通貨、予算及び税務上の事項を含め、欧州連合または構成国の重要な経済的な利益もしくは財政上の利益、公衆衛生及び社会保障；(f) 司法の独立の保護及び司法手続の保護；(g) 規制を受ける職種における倫理違背行為の防止、捜査、検知及び訴追；(h) (a) ないし (e) 及び (g) に示す場合において、一時的なものを含め、公的な権限の行使と関係する監視、監督及び規制の権能；(i) データ主体の保護、または、それ以外の者の権利及び自由の保護；(j) 民事訴訟の執行確保のための措置の場合を掲げている。
- (43) 指令 97/66/EC の実装の不備に関する司法裁判所の判例として、*Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg, Case C-211/02, 6 March 2003, ECLI:EU:C:2003:142* がある。
- (44) そのことから、指令 97/66/EEC だけを単独の考察対象として EC の電気通信部門における個人データ保護法制全体を理解しようとすることは、明らかに誤りである。あくまでも一般法である個人データ保護指令 95/46/EC を基礎とした上で、その部分的な修正法令として指令 97/66/EC を理解すべきである。
- (45) 91/396/EEC: Council Decision of 29 July 1991 on the introduction of a single European emergency call number (OJ L 217, 6.8.1991, p.31-32)
- (46) Council Directive 92/44/EEC of 5 June 1992 on the application of open network provision to leased lines (OJ L 165, 19.6.1992, p.27-36)
- (47) 92/264/EEC: Council Decision of 11 May 1992 on the introduction of a standard international telephone access code in the Community (OJ L 137, 20.5.1992, p.21-22)
- (48) これらの廃止法令の後継指令は、指令 2002/21/EC（枠組み指令）のほか、指令 2002/19/EC（アクセス指令）(Directive 2002/19/EC of the European Parliament and

of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive)) (OJ L 108, 24.4.2002, p.7-20)、指令 2002/20/EC (認可指令) (Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services (Authorisation Directive)) (OJ L 108, 24.4.2002, p.21-32) 及び指令 2002/22/EC (ユニバーサルサービス指令) (Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive)) (OJ L 108, 24.4.2002, p.51-77) の 3 つの指令である。これら 3 つの指令に指令 97/66/EC を併せた合計 4 つの指令は、「特定指令」と呼ばれる (指令 2002/21/EC (枠組み指令) の前文 (5) 参照)。

なお、指令 2002/19/EC (アクセス指令) の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 8 号 329～351 頁にある。指令 2009/140/EC による改正後の指令 2002/19/EC の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 9 号 1～16 頁にある。指令 2002/20/EC (認可指令) の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 8 号 352～374 頁にある。指令 2009/140/EC による改正後の指令 2002/20/EC の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 9 号 17～30 頁にある。指令 2002/21/EC (枠組み指令) の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 7 号 76～108 頁にある。指令 2009/140/EC による改正後の指令 2002/21/EC の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 9 号 31～58 頁にある。指令 2002/22/EC (ユニバーサルサービス指令) の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 9 号 88～129 頁にある。後掲指令 2009/136/EC による改正後の指令 2002/22/EC の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 9 号 59～87 頁にある。

- (49) 指令 2006/24/EC 及び指令 2009/136/EC による改正後の e プライバシー指令 2002/58/EC の参考訳・改訂版は、法と情報雑誌 2 巻 5 号 158～187 頁にある。指令 2006/24/EC の参考訳は、法と情報雑誌 1 巻 5 号 47～65 頁にある。
- (50) 後掲指令 2009/140/EC の末尾には、「ネット中立性に関する委員会宣言 (Commission Declaration on Net Neutrality)」が付されている。
- (51) 例えば、利用者の行動追跡の手法は、かつては、利用者の PC のハードディスク等への Cookie の設置という比較的単純な方法によるものであり、また、その行動追跡の結果の利用態様としてもスパムメールの送信のような比較的わかりやすいものであった。しかし、現時点における利用者の行動追跡の手法は、より高度で複雑なものとなっているし、その利用も単純な商業宣伝広告だけであるとは限らない。基本的には、当該新興 IT 企業等の収益のメカニズムを丁寧に解析すれば、どのようなデータを何のために使用しているのかを逆解析することは不可能なことではない。しかし、利用者の側にたつてそのような解析または逆解析を支援するような公的組織または民間団体の活動は、少なくとも日本国内においては皆無または低調である。
- (52) e プライバシー指令 2002/58/EC の実装の不備に関する司法裁判所の判例として、*Commission of the European Communities v Hellenic Republic, Case C-475/04*, 1 June 2006, ECLI:EU:C:2006:362 がある。
- (53) e プライバシー指令 2002/58/EC の改正案の参考訳は、法と情報雑誌 2 巻 4 号 195～248 頁にある。
- (54) e プライバシー規則案の提案当初の文言に基づく (以下、同じ)。なお、同規則案は、2018 年末までの採択をめざして審議中であり、提案当初の文言の中で既に修正された箇所も多数ある。

- (55) 指令 2009/136/EC 及び指令 2009/140/EC による一部改正及び BEREC 規則 (EC) No 1211/2009 (Regulation (EC) No 1211/2009 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 establishing the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) and the Office) (OJ L 337, 18.12.2009, p.1-10) の採択後の時期における EU の電子通信法制の概要に関しては、寺田麻佑『EU とドイツの情報通信法制—技術発展に即応した規制と制度の展開』（勁草書房、2017）が参考になる。
- (56) 委員会通知 COM(2015) 192 final は、2010 年 8 月 26 日の委員会通知「欧州のためのデジタルアジェンダ (A Digital Agenda for Europe)」COM(2010) 245 final/2 を基礎とするものである。このデジタルアジェンダの冒頭部分では、「このデジタルアジェンダ全体の狙いは、高速インターネット及び超高速インターネット並びに相互運用可能なアプリケーションを基礎とするデジタル単一市場からの適切な経済的利益及び社会的利益を提供することである」と述べられている。ここでいう高速インターネットとは、LTE-Advanced、WiMAX2 及び IPv6 対応を特徴とする第 4 世代移動体通信システム (4G mobile communication system) のことを指し、超高速インターネットとは 20 Gbit/s のデータ転送速度等を含む移動体通信の高速化・大容量化と通信可能距離の大幅な延伸を特徴とする第 5 世代移動体通信システム (5G mobile communication system) のことを指し、相互運用可能なアプリケーションとは、クラウドコンピューティングサービスの発展形のようなものを指すと解される。ONP 指令から続く欧州の通信政策は、日本国を含む世界の主要各国と同様、その時点における最先端の通信技術の導入・普及を目的とするものであり、旧 CCITT (Comit Consultatif International Tlphonique et Tlgraphique)、ITU-T (International Telecommunication Union-Telecommunication Standardization Sector) 及び ITU-R (International Telecommunications Union-Radio communications sector) 等の国際機関を中心として行われているグローバルな通信政策決定及び国際的な標準化動向等と同期して策定・実施されてきたものである。EU の今後の動向を予測する場合においても、まず世界規模での通信技術の発展状況を精査することから始めなければならない。なお、2010 年の「欧州のためのデジタルアジェンダ」の後に公表された委員会通知「The Digital Agenda for Europe - Driving European growth digitally」COM (2012) 784 final の概要に関しては、植月献二「EU 欧州デジタルアジェンダ：2013-2014 年の重点分野」外国の立法 254-2 号 (2013) が参考になる。
- (57) 「デジタル単一市場戦略」は、多角的な内容を含むものであるが、欧州内における国境を越える物品とサービスへの消費者と企業のアクセスを促進するため、「オンラインとオフラインの相違を迅速に除去する必要性」も強調している。その目的のために、オンライン及び隔地者間の消費者取引に関する規則 (EC) No 2006/2004 の改正提案である SWD(2017) 354 final (COM(2017) 637 final-2015/0288(COD)) が提出されている。このような EU の売買契約法の分野における動向に注視するものとして、古谷貴之「EU デジタル単一市場戦略における新たな動向—オンライン売買指令改正案の検討—」産大法学 52 巻 1 号 49～82 頁 (2018) がある。他方、「デジタル単一市場戦略」と深い関係のある知的財産権の分野においてもデジタル単一市場著作権指令案 COM (2016) 593 final - 2016/0280 (COD) が提案され、2018 年 9 月 25 日現在、審議中である。
- (58) ONP 指令の 1 つである指令 97/33/EC の中には「commercial confidentiality」に関する条項が存在する。これは、実質的にみて、「business confidentiality」と同じまたは均等のものを指すと解し得る。今後、この分野における知的財産法の観点からの法制史

的な研究の深化が望まれる。

- (59) 電子商取引指令 2000/31/EC の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 1 号 110～141 頁にある。
- (60) 電子識別規則 (EU) No 910/2014 の参考訳は、法と情報雑誌 2 巻 10 号 147～196 頁にある。
- (61) 実装のための細則である委員会実装決定 (EU) 2015/1505 の参考訳は、法と情報雑誌 2 巻 10 号 207～222 頁にある。
- (62) 理事会決定 2008/615/JHA の参考訳は、法と情報雑誌 2 巻 2 号 155～181 頁にある。
- (63) 理事会決定 2008/616/JHA の参考訳は、法と情報雑誌 2 巻 9 号 116～200 頁にある。
- (64) OTC デリバティブ規則 (EU) No 648/2012 の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 8 号 1～96 頁にある。規則 (EU) 2017/2402 による改正後の OTC デリバティブ規則 (EU) No 648/2012 の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 8 号 97～118 頁にある。
- (65) 委員会実装規則 (EU) No 1247/2012 の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 8 号 119～132 頁にある。委員会実装規則 (EU) 2017/105 による改正後の委員会実装規則 (EU) No 1247/2012 の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 8 号 133～153 頁にある。
- (66) 金融商品市場指令 2014/65/EU (MiFID II) の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 3 号 1～175 頁にある。
- (67) 金融商品市場規則 (EU) No 600/2014 (MiFIR) の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 4 号 1～79 頁にある。
- (68) 決済サービス指令 (EU) 2015/2366 (PSD2) の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 2 号 1～115 頁にある。
- (69) Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press (2016) が参考になる。
- (70) ロボット (robots) 及び産業用ロボット (robotics) を含め、人工知能及び関連技術に関する法的課題に関しては、夏井高人「アシモフの原則の終焉—ロボット法の可能性—」法律論叢 89 巻 45 号 175～212 頁 (2017) で述べたとおりである。なお、欧州のための人工知能通知 COM(2018) 237 final の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 9 号 198～232 頁にある。
- (71) Jean Paul Isson, *Unstructured Data Analytics: How to Improve Acquisition, Customer Retention, and Fraud Detection and Prevention*, Wiley (2018), Cathy O'Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown (2016), Linnet Taylor, Luciano Floridi & Bart van der Sloot (Eds.), *Group Privacy: New Challenges of Data Technologies*, Springer (2018) 参照。
- (72) データ駆動型経済通知 COM(2014) 442 final の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 4 号 129～147 頁にある。欧州のための人工知能通知 COM(2018) 237 final の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 9 号 198～232 頁にある。
- (73) EURES 規則 (EU) 2016/589 の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 5 号 133～167 頁にある。
- (74) 先端デジタル技術の法的責任に関する欧州委員会スタッフ作業文書 SWD(2018) 137 final の参考訳は、法と情報雑誌 3 巻 9 号 233～268 頁にある。製造物責任指令報告書 COM(2018) 246 final の参考訳は、同誌同号 269～280 頁にある。
- (75) William Lloyd Prosser, W. Page Keeton, Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen (Eds.), *Prosser and Keeton on Torts* (5th Edition), West (1984), Gert Bruggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi & Patrick O'Callaghan (Eds.), *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Press (2010), Vincent R.

Johnson, *Advanced Tort Law: A Problem Approach*, LexisNexis (2010)、Patrick O'Callaghan, *Refining Privacy in Tort Law*, Springer (2014)、Cees Van Dam, *European Tort Law* (2nd edition), Oxford University Press (2014) 参照。

- (76) 日本国憲法第21条第2項の解釈を行う場合においても、第二次世界大戦前の通信法制と戦後の通信法制の変遷、その背景となっている社会状況・経済状況・国際関係の変化、特に、世界各国の通信法制におけるITU（International Telecommunication Union）による国際的な統一化の動き、並びに、関連する判例法を正確に踏まえた実証的なものでなければ、それは、少なくとも、法学の領域に属する学術論文ではない。
- (77) Luciano Floridi (Ed.), *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer (2014) が参考になる。
- (78) 本論文は、文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23年～平成27年度）及び科学研究費補助金共同研究基盤研究(A) 知的財産権と憲法的価値・科研費研究課題番号15H01928の研究成果の一部である。

（明治大学法学部教授）